

UNIVERSIDAD DE PANAMÁ
VICERRECTORÍA DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO
PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO DEL TRABAJO

DESCENTRALIZACIÓN EMPRESARIAL Y DERECHO DEL TRABAJO

MARUQUEL IBET DAM TORRES

**TESIS PRESENTADA COMO UNO DE LOS REQUISITOS
PARA OPTAR AL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO DEL TRABAJO**

PANAMÁ, REPÚBLICA DE PANAMÁ

2008

18 MAY 2010

DEDICATORIA

A la memoria de mi querido amigo, Mario Alberto Bonner Díaz.

conseguido en un momento

120

AGRADECIMIENTO

Al Profesor Ricardo Lachman Varela, por su interés y diligencia en la revisión de esta investigación, y por sus valiosos consejos y recomendaciones.

Al Profesor Oscar Vargas Velarde, por su gran apoyo durante el Programa de Maestría en Derecho del Trabajo, por su guía en las etapas iniciales de este trabajo, y por incentivar me a publicar mis escritos.

A la Profesora Antonia Rodríguez de Araúz, a quien agradezco infinitamente por su dedicación como docente, encaminada al desarrollo integral de sus estudiantes.

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
ÍNDICE GENERAL.....	iv
ABREVIATURAS UTILIZADAS	xii
ÍNDICE DE GRÁFICAS.....	xiii
RESUMEN	xiv
SUMMARY.....	xv

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

I. Antecedentes del problema	3
II. Justificación del problema.....	6
III. Formulación del problema	8
IV. Identificación de los fenómenos de estudio	8
V. Alcance o delimitación del problema.....	9
VI. Objetivos	9
A. Objetivo general.....	9
B. Objetivos específicos	10
VII. Hipótesis de investigación	10

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

SECCIÓN PRIMERA: ASPECTOS GENERALES DE LA DESCENTRALIZACIÓN EMPRESARIAL

I.	Antecedentes de la descentralización empresarial	12
II.	Evolución de la organización del trabajo en el marco de la empresa	15
A.	La organización científica del trabajo	15
B.	La escuela de las relaciones humanas.....	18
C.	La implementación de técnicas de la información y comunicación	19
III.	Panorama actual de las relaciones laborales en relación con los procesos productivos	21
IV.	Aproximación conceptual.....	25
V.	Modalidades	30
A.	Subcontratación e intermediación	31
B.	Suministro de mano de obra	37
C.	Cooperativas de trabajo y cooperativas de producción	49
D.	Trabajo autónomo: el funcionamiento de las empresas unipersonales.....	53
E.	Teletrabajo	57
F.	Filialización	65
G.	Franquicia	69
VI.	Figuras contractuales utilizadas en los procesos de descentralización	72
A.	Características del contrato.....	73
1.	Contrato de colaboración empresarial	73
2.	Convenio interempresarial.....	74
3.	Oneroso	75

4. Bilateral	75
5. De tracto sucesivo o instantáneo.....	75
6. De adhesión	75
7. Atípico	76
VII. Fuentes de la descentralización empresarial	80
A. El poder de dirección del empresario	80
B. La negociación colectiva	84
SECCIÓN SEGUNDA: DESCENTRALIZACIÓN EMPRESARIAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO	
I. Algunas consideraciones previas sobre los derechos fundamentales en el trabajo.....	85
A. Concepto.....	85
B. Características	86
C. Instrumentos normativos en el Derecho Internacional	87
1. Visión de la OIT.....	88
a) La libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva (Convenios No. 87 y No. 98).....	89
b) La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio (Convenios No. 29 y No. 105).....	90
c) La abolición efectiva del trabajo infantil (Convenios No. 138 y No. 182).....	92
d) La eliminación de la discriminación en materia en empleo y ocupación (Convenios No. 100 y No. 111).....	93
2. Otros instrumentos jurídicos en el ámbito mundial y regional	99

a)	Organización de las Naciones Unidas	99
a.1.	Declaración Universal de Derechos Humanos	99
a.2.	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 16 de diciembre de 1966	100
a.3.	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966.....	100
b)	Organización de los Estados Americanos.....	101
b.1.	Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), Bogotá, 1948.....	101
b.2.	Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", 1969.....	101
b.3.	Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", 1988.....	102
II.	Los derechos fundamentales de la persona del trabajador en el constitucionalismo panameño	103
III.	La descentralización empresarial y su incidencia en las condiciones de trabajo: ¿contribuye la descentralización a la precarización del empleo?	106
IV.	Descentralización productiva y comercio internacional: ¿cómo lograr una globalización más justa?.....	114
SECCIÓN TERCERA: DESCENTRALIZACIÓN EMPRESARIAL Y DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO		
I.	Naturaleza jurídica del Derecho del trabajo: retos ante las nuevas tendencias...	127
II.	Vigencia de los principios del Derecho del trabajo frente a la descentralización .	133

A.	Consideraciones en torno a algunos principios	134
1.	Principio protector	134
2.	Principio de continuidad	138
3.	Principio de la primacía de la realidad	142
4.	Principio de igualdad	143
B.	Perspectivas	144
III.	Los sujetos de la relación laboral.....	148
A.	Trabajadores.....	148
1.	La transformación de los presupuestos para la configuración de la relación de trabajo.....	149
2.	Algunas consideraciones en torno al principio de igualdad.....	152
3.	La descentralización productiva a nivel internacional y las relaciones individuales de trabajo.....	155
4.	El derecho de oposición del trabajador.....	158
B.	Empleadores.....	163
1.	El intermediario desde la perspectiva de la externalización.....	164
2.	Reflexiones sobre los grupos económicos.....	174
3.	La responsabilidad civil del empresario frente a terceras personas por actos del trabajador a su servicio	181
IV.	Aspectos relevantes sobre seguridad social	185
A.	La seguridad social y el trabajo autónomo	186
B.	La responsabilidad del patrono por enfermedades y riesgos profesionales.....	190
C.	La responsabilidad patronal frente a los trabajadores de un tercero.....	194

D	Preponderancia del compromiso individual en el actual sistema de relaciones laborales	200
---	---	-----

SECCIÓN CUARTA DESCENTRALIZACIÓN EMPRESARIAL Y DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

I	Consideraciones previas sobre la negociación colectiva	205
II	Representación y representatividad sindical los actores de la contratación colectiva en el nuevo esquema laboral	210
III	Efectos de la descentralización empresarial en las relaciones colectivas de trabajo	222
A	Cambia el escenario en el cual se dan las relaciones colectivas	224
1	Negociación colectiva y trabajo autónomo	222
2	Ámbito de aplicación de los convenios colectivos	226
3	Negociación colectiva y suministro de mano de obra	228
B	La negociación colectiva presenta una transformación tendiente a la disminución	230
C	El contenido de la negociación colectiva presenta cambios	237
IV	Algunas particularidades de la negociación colectiva en los procesos de descentralización	242
A	Códigos de conducta declaraciones y acuerdos interempresariales	242
B	Vigencia de las convenciones colectivas y medidas de protección para trabajadores externalizados	246
C	La obligación de información y consulta	250
V	Los procesos de descentralización y su relación con las prácticas antisindicales	252
VI	Los sindicatos en el escenario actual retos y perspectivas	259

SECCIÓN QUINTA: DESCENTRALIZACIÓN EMPRESARIAL Y DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

I.	Los principios del Derecho Procesal del Trabajo y el sistema de administración de justicia	269
II.	Algunas vías de reclamación para la resolución de conflictos relativos a la descentralización empresarial	272
A.	Procesos ante la jurisdicción ordinaria de trabajo	274
1.	Proceso común	274
2.	Proceso abreviado para la fijación de nuevo salario	279
B.	Procesos ante la jurisdicción especial de trabajo	280
1.	Demanda por despido injustificado	280
2.	Demanda de prestaciones laborales	281
C.	Procesos ante el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral	282
1.	Demanda para la determinación del salario mínimo	282
2.	Demanda relativa a la interpretación o validez de cláusulas pactadas en una convención colectiva	283
3.	Demanda de reintegro por violación de fuero sindical	283
D.	Arbitraje y otros mecanismos alternos de solución de conflictos	287
III.	Medios probatorios y su valoración	290
IV.	Descentralización empresarial y fraude laboral: la función del juzgador como director del proceso	301

CAPÍTULO III

ASPECTOS METODOLÓGICOS

I.	Diseño de investigación	316
----	-------------------------------	-----

II. Tipo de metodología jurídica.....	317
---------------------------------------	-----

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

Consecuencias de la implementación de un modelo descentralizado en la estructura y funcionamiento empresarial	320
---	-----

CONCLUSIONES	329
--------------------	-----

RECOMENDACIONES	335
-----------------------	-----

CAPÍTULO V

APORTE O SOLUCIÓN PLANTEADA

Aporte o solución planteada	340
-----------------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	342
--------------------	-----

ABREVIATURAS UTILIZADAS

CC	Código Civil de la República de Panamá
CP	Constitución Política de la República de Panamá
CSJ	Corte Suprema de Justicia
CSS	Caja de Seguro Social
CT	Código de Trabajo de la República de Panamá
CTA	Centro de trabajo alternativo
ETT	Empresa de trabajo temporal
LFT	Ley Federal del Trabajo de México
MITRADEL	Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de las Naciones Unidas
TIC's	Técnicas de la información y comunicación
UE	Unión Europea

ÍNDICE DE GRÁFICAS

Cuadro 1	42
----------------	----

RESUMEN

La metodología utilizada para el presente estudio ha sido la investigación de gabinete y la observación. En cuanto a la investigación de gabinete, se recurrió al análisis de doctrina, legislación nacional -tanto formal como material-, jurisprudencia panameña y Derecho internacional, tomando en consideración la relevancia de esta normativa en cuanto a la imposición de directrices generales en todos los aspectos de las relaciones laborales. Mediante la observación, se procura plasmar un panorama de las tendencias en el mercado laboral panameño en lo que hace a formas contractuales. Se espera que el presente informe final resulte en un estudio teórico general sobre los aspectos fundamentales de la descentralización empresarial o externalización de servicios y su incidencia en diversos aspectos de las relaciones laborales, tanto en el plano individual como en el colectivo, acompañado de una exposición objetiva acerca de la experiencia panameña, la cual, de antemano, consideramos en su etapa incipiente. Adicionalmente, se desea establecer la estrecha vinculación de los procesos de descentralización con respecto a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, siendo éstos bandera de los organismos internacionales en sus acciones por el logro del trabajo decente. Como consecuencia del trabajo realizado, expondremos nuestras conclusiones, críticas y perspectivas en torno a la descentralización y la evolución de la legislación laboral nacional.

SUMMARY

For this study, cabinet research has been used as methodology, as well as observation. With respect to cabinet research, we examined doctrine and national legislation, formal and material, Panamanian jurisprudence and International Law were also studied, taking into consideration the relevance of this norms regarding to the establishment of general directives related to all aspects of labor relationships. Through observation, we intend to elaborate a complete view of different tendencies with local labor market regarding to contracts. It is expected that this final report will constitute in a general theoretic study of outsourcing fundamentals and its influence in different issues of labor relations, in individual as well as in collective terms, accompanied by and exposition about Panamanian experience, which, in advance, we consider in its initial stage. Furthermore, we want to set forth that there is a close relation between outsourcing processes and fundamental principles and rights in labor, being these items representative of international organizations in their actions to reach decent work standards. As a consequence of the job done, we will be able to make an exposition of our conclusions, critics and perspectives related to outsourcing and evolution of national labor law.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

El trabajo que a continuación se presenta tiene como finalidad brindar al lector una visión amplia y completa acerca de la descentralización empresarial, como forma de organización productiva, abarcando los diferentes aspectos de las relaciones laborales, en los que la misma reporta tener influencia.

Comenzamos por describir la figura objeto de estudio, partiendo de una relación de antecedentes en cuanto a la evolución de las relaciones laborales, vistas desde la perspectiva del proceso productivo, para llegar a los planteamientos acerca de la situación actual de las relaciones laborales. Pasamos a conceptualizar lo que se entiende por descentralización empresarial, así como también, se enumeran y describen las modalidades en las cuales se da la misma. El aspecto contractual también es tratado, toda vez que el proceso de descentralización llega a perfeccionarse a través de un acuerdo suscrito por la empresa que toma la decisión de contratar servicios, de modo externo a su estructura, y por la otra parte, por quien se encarga de brindar dichos servicios. Se hace referencia, de igual modo, a los efectos que se reportan a raíz de la modificación en la estructura empresarial.

Se incluye un estudio acerca de la regulación de los derechos fundamentales en el trabajo en el ámbito internacional, ya que, como se verá más adelante, los mismos adquieren un papel protagónico en el entorno globalizado.

Dedicamos dos capítulos al examen detallado de los aspectos, tanto en el Derecho individual, como en el Derecho colectivo del trabajo, que se ven afectados por los cambios en los procesos productivos. Con respecto al Derecho individual del trabajo, el énfasis es puesto en la definición que, en el concepto actual, llega a tenerse de las figuras del empleador y el trabajador, así como también, se hace hincapié en el delicado tema de la seguridad social. Respecto al Derecho colectivo del trabajo, se exponen las particularidades de la negociación colectiva en la presente economía mundializada,

destacando la importancia de una activa participación sindical en las circunstancias actuales.

En el capítulo sobre la descentralización empresarial y el Derecho procesal del trabajo, se brinda una perspectiva acerca de los conflictos dados en función de las tendencias de *outsourcing* y las posibles vías de solución que aporta la legislación nacional, luego de lo cual, pasamos a exponer nuestras conclusiones y recomendaciones finales, así como también, el aporte o solución planteada a la presente investigación.

I. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

El mercado de trabajo, lejos de presentar un equilibrio entre oferta y demanda (pleno empleo), se encuentra inclinado hacia un aumento en la oferta de trabajo – entendida como la cantidad de horas que los trabajadores están dispuestos a ofrecer o poner a disposición de los empleadores en el mercado de trabajo–, lo que se evidencia en el fenómeno del desempleo que, en nuestros países latinoamericanos, deja de ser un problema coyuntural y deviene en uno de tipo estructural. Es común en la doctrina encontrar alusiones acerca de las consecuencias negativas que ello lleva aparejadas para el sector trabajador, entre ellas, la presión de los salarios hacia la baja, la inestabilidad laboral y, en general, la propensión hacia condiciones de trabajo desfavorables. Por otro lado, resulta innegable que el sector empleador se ve cada vez más presionado por subsistir y, por supuesto, sobresalir, en un mercado cada vez más exigente en todos los aspectos.

En el entorno actual, la descentralización empresarial juega un papel protagónico, toda vez que es el modelo productivo el que determina las condiciones laborales, e incide en la interpretación y la aplicación de la regulación legal.

La descentralización empresarial viene a ser la manifestación más contundente de la estructura organizacional del trabajo que se impone a nivel mundial dominada por la implementación de tecnologías de información y comunicación. Es así que la reestructuración empresarial tendiente a la descentralización tiene su basamento en la necesidad impostergable por parte de las empresas de sobrevivir en un mercado cada vez más competitivo donde las metas últimas están centradas en aspectos de rapidez y calidad total con la mayor economía posible de recursos y costos entre los cuales podrían encontrarse las cargas laborales.

Desde esta perspectiva resulta obligado el estudio de la contractualidad o contratación, tema que a su vez invita a la reflexión acerca de la vigencia de las instituciones fundamentales del Derecho del Trabajo. Puede decirse que de la contratación típica o estándar, es decir, el contrato a tiempo completo y de duración indefinida, se está pasando a la atipicidad o precariedad, fenómeno que alude a determinadas categorías de trabajadores que gozan de una protección menor que lo que pudiera llamarse el común de los trabajadores según nuestras normas laborales vigentes, por estar contratados por tiempo definido, en turnos flexibles, sujetos a movilidad geográfica o funcional, siendo contratados además por una empresa distinta de la que percibe sus servicios.

Adicionalmente, debe hacerse referencia al aspecto del trabajo informal, el cual comprende en nuestro país una parte importante de la población económicamente activa y engloba al universo de personas que se encuentran fuera del marco protector del Derecho del Trabajo, ya sea de hecho o bien porque la propia legislación laboral los excluye de su ámbito de protección.

A raíz de los procesos de descentralización empresarial se observan transformaciones importantes entre las cuales pueden mencionarse la reducción del

espacio físico que requiere la empresa, disminución del número de trabajadores, división de los trabajadores en categorías, diferentes modalidades utilizadas en la contratación, etc. Todo lo anterior, posee un fuerte impacto en el desenvolvimiento de las relaciones laborales.

Se dice constantemente que se está pasando de una regulación de tipo colectiva y uniforme, a una de tipo individual y fragmentaria, debido a un renacimiento de la autonomía de la voluntad, fortaleciendo el individualismo.

Para exponer un ejemplo de lo planteado, basta observar la mecánica específica con la que pudiera operar un proceso de descentralización, y su incidencia en la negociación colectiva. Primeramente, la empresa empieza a negociar con el sindicato la conversión de su estructura, para alcanzar el rendimiento y los objetivos propuestos. Luego de darse esta reestructuración, aparecen en escena nuevos sujetos y relaciones jurídicas y económicas. El modelo empresarial resultante, se ve rodeado de múltiples relaciones con empresas reducidas, en muchos casos unipersonales, las cuales se presentan tercerizadas, subcontratadas, prestadoras de mano de obra eventual y proveedoras de actividades, bienes y servicios de tipo contingente, complementario o periférico a la actividad central de la empresa. Este modelo no se compadece con las relaciones de trabajo entendidas de modo tradicional, bajo el marco de las regulaciones laborales, con las que cuentan la mayoría de nuestros países. En consecuencia, en el caso, propuesto la empresa tiende a descentralizarse y la negociación colectiva, contrariamente a descentralizarse también, tiende más bien a desaparecer.

La descentralización empresarial posee además, múltiples implicaciones en materia de seguridad social, en cuanto a planes de jubilación y accidentes de trabajo. Ello se da como consecuencia lógica del proceso propiamente tal, que involucra en no pocas ocasiones, la salida de trabajadores de una empresa, y la contratación de las

mismas personas en términos de una relación comercial lo cual podría tener un impacto negativo si el prestador del servicio no se acoge al sistema voluntario de seguridad social o contrata un seguro de hospitalización particular que le permita obtener atención médica en caso de enfermedad o accidente

II JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

Las tendencias flexibilizadoras se traducen en ajustes a la legislación a fin de adaptar la misma a las exigencias que impone el sistema económico. Así muchos ordenamientos jurídicos laborales en Latinoamérica han sufrido importantes reformas de este tipo en los últimos años.

En Panamá luego de adoptarse nuestro Código de Trabajo en diciembre de 1971 se observan reformas flexibilizadoras a sólo tres años de su implementación. A modo de ejemplo podemos mencionar a la Ley No. 72 de 15 de diciembre de 1975 –derogada parcialmente por la Ley No. 13 de 30 de abril de 1982– mediante la cual se regula el trabajo en la construcción. Este cuerpo legal establece la no consideración de la relación como indefinida en caso de sucesión de contratos por tiempo definido u obra determinada, causales especiales para la terminación de la relación laboral y para la suspensión de la misma. Por otra parte, la Ley No. 95 del 31 de diciembre de 1976 modifica artículos del Código de Trabajo en relación con la negociación colectiva, en donde resalta la no obligatoriedad para la empresa de celebrar una convención colectiva de trabajo durante sus dos primeros años de operaciones. Luego, la Ley No. 1 de 17 de marzo de 1986, que en su propio título prevé como su objetivo la promoción del empleo y la productividad, unifica el recargo por trabajo en horas extraordinarias en determinados supuestos y excluye el trabajo a domicilio del ámbito de protección del Derecho del Trabajo. Esta ley, más que flexibilizadora, resulta en una reforma por la vía

de la desregulación. Cabe también hacer referencia a la Ley No. 44 de 12 de agosto de 1995, por medio de la cual se reformó un número importante de artículos del CT.

Siendo que los cambios anteriormente descritos se están produciendo a nivel mundial, y que la proyección a corto y mediano plazo va en la misma dirección, se visualiza como inevitable para todas las naciones el subsumirse en esta corriente, a riesgo de quedar rezagadas con respecto a la evolución del mercado mundial, si no se accede a este tipo de cambios.

Nuestro ordenamiento jurídico pareciera resultar insuficiente para regular las formas de prestación de servicios, generadas por la descentralización. Obviamente, éste ha sido un obstáculo al que todas las regulaciones inmersas en este proceso se han enfrentado, por lo cual surgen interesantísimas discusiones en torno a la alteración de los conceptos clásicos del Derecho del Trabajo.

Cierto es que el Derecho del Trabajo, al igual que todas las ramas del Derecho, regula las relaciones humanas y sus consecuencias jurídicas, específicamente, relaciones humanas laborales. Como ciencia social, el Derecho se estructura en función de la figura del hombre y la mujer desde la perspectiva sociológica, es decir, ellos en sus relaciones sociales y con el medio que lo rodea. Consideramos que la importancia del problema planteado radica en determinar si es o no indispensable -y en caso afirmativo, de qué manera- establecer parámetros para que el Derecho Laboral pueda hacerle frente a los retos que tiene de presente, en momentos en que incluso ha llegado a plantearse la posible desaparición de esta disciplina, por parte del sector doctrinal más pesimista.

Así, el punto medular del tema en estudio se encuentra en establecer fórmulas que permitan crear un balance aceptable entre las modificaciones que requieran implementarse y las garantías que deben prevalecer a favor de los trabajadores. En

consecuencia, nos adelantamos a afirmar que las negociaciones para llegar a cambios enmarcados en procesos de descentralización empresarial, deben estar inspiradas en todo momento, además de la lógica económica y de administración empresarial necesaria en estos procesos, de un alto nivel de equidad que no permita que se deje a los trabajadores en la desprotección, pero que dote al sector empleador de todos los mecanismos e instrumentos jurídicos para obtener adecuados niveles de rentabilidad que validen los riesgos que se asumen por la inversión que realizan.

III. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cómo lograr que la tercerización o descentralización empresarial sea exitosa sin detrimento de las conquistas laborales y el trabajo digno? Más aun, ¿cómo incrementar la calidad de vida y las mejorar las condiciones laborales de los trabajadores en las circunstancias actuales?

Las relaciones triangulares o multilaterales surgidas como producto de procesos de descentralización empresarial invitan al análisis profundo de sus componentes para así determinar: en qué medida impactan las condiciones laborales de los trabajadores inmersos en el proceso de deslocalización productiva; cuáles son las consecuencias de la implementación de los cambios para el sector empresarial; y, en algunos casos, si las mismas son auténticas o si, por el contrario, han sido concebidas y armadas en fraude de la ley, con la intención de evadir responsabilidades laborales.

IV. IDENTIFICACIÓN DE LOS FENÓMENOS DE ESTUDIO

- Estructura del proceso productivo en el entorno actual;
- Aspectos contractuales del acuerdo de *outsourcing*;

- o Regulación de los derechos fundamentales en el trabajo en el ámbito internacional;
- o Afectación que produce la descentralización empresarial en las relaciones laborales individuales y colectivas;
- o Tratamiento de los conflictos generados por la deslocalización productiva por parte de las autoridades jurisdiccionales y administrativas;
- o La globalización y su incidencia en la transformación del proceso de producción de bienes y servicios;
- o Nuestra legislación laboral y las nuevas formas de estructura empresarial; y
- o Alternativas para el logro de la modernización empresarial en el entorno globalizado sin afectación de las conquistas laborales y el trabajo digno.

V. ALCANCE O DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

Haremos un análisis de la normativa y la jurisprudencia nacional e internacional, a través de un estudio de normas y políticas de empleo en Panamá y en el Derecho comparado, así como también, se tomarán en consideración experiencias de otras latitudes sobre el manejo práctico de los fenómenos identificados como objeto de nuestro estudio. Buscando establecer una posible compatibilidad de aplicación al ámbito nacional, sin menoscabo de la legislación proteccionista nacional.

VI. OBJETIVOS

A. OBJETIVO GENERAL

- o Sintetizar en un documento un estudio detallado acerca de la descentralización empresarial y su relación con los diversos aspectos en la producción de bienes y servicios.

B. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- o Conocer el impacto de la evolución en el proceso productivo a fin de afectar el trabajo digno y las normas protectoras del trabajo, además del tema de la seguridad social, el cual resulta fundamental para los trabajadores, ya que los nuevos esquemas pudieran implicar afectaciones importantes en puntos medulares, tales como planes de jubilación y coberturas por accidentes de trabajo;
- o Analizar la incidencia de la descentralización empresarial en la situación actual de las organizaciones sindicales, para que no se trastoque la institucionalidad lograda en la ley a favor del trabajador sin afectar la productividad;
- o Entre otros, comprender cómo el recurso a la externalización de servicios puede llegar a considerarse, en determinados supuestos, fraude a la legislación laboral.

VII. HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN

¿Debe el modelo de producción descentralizada adaptarse al Derecho del Trabajo? Para dar respuesta a esta interrogante, haremos un examen exhaustivo del tema con base en elementos teóricos y prácticos debidamente documentados en textos utilizados para consulta, teniendo por norte el balance que debe existir entre los derechos contrapuestos normados en toda relación laboral: el acceso por parte de los trabajadores a condiciones labores que les aseguren un nivel de vida digno y la libertad del empresario en cuanto a la organización de su actividad económica, la cual es un derecho esencial dentro de todo régimen democrático, y que, de la misma manera, conlleva una serie de responsabilidades de orden social, no solamente de tipo laboral, sino en materia de derechos humanos, medio ambiente y transparencia en la gestión empresarial, encaminada a desempeñar un papel activo en la lucha contra todas las formas de corrupción.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

SECCIÓN PRIMERA

ASPECTOS GENERALES DE LA DESCENTRALIZACIÓN EMPRESARIAL

I ANTECEDENTES DE LA DESCENTRALIZACIÓN EMPRESARIAL

Previo al análisis de la figura de la descentralización empresarial es menester hacer referencia a la evolución de las diversas formas de organización del trabajo que se han implementado en el marco de la empresa

El Derecho del Trabajo aparece como consecuencia de la evolución del proceso productivo que degeneró en arduas luchas del sector trabajador en la búsqueda de condiciones laborales dignas. Es por ello que la naturaleza y las características de esta disciplina jurídica se encuentran íntimamente ligadas a las formas que toman las relaciones económicas en la sociedad

Hasta las postrimerías del siglo XVIII la forma de la manufactura fue la predominante dada a través del trabajo artesanal en talleres pequeños propiedad de maestros expertos en la creación de un producto final con control total de la producción desde la obtención de la materia prima hasta la venta del producto terminado ¹

Resultan ya clásicas en textos relativos al surgimiento y evolución del Derecho Laboral las alusiones acerca del nacimiento de la revolución industrial durante los

¹ Pensemos por un momento en la economía gremial o sea, la que rige al mundo en una época que podría arrancar de los primeros años del siglo XII y culminaría, por marcar una fecha precisa, con el Edicto de Turgot de 12 de marzo de 1776. Se trata de una economía en que la producción está determinada por el consumo y se funda sólo en la actividad manual. El maestro convive con oficiales y aprendices y se establece entre ellos particularmente con respecto a los aprendices una relación semejante a la que resulta de la patria potestad o de la tutela. El Estado que intenta adquirir una fisonomía propia, empieza a construir la idea de soberanía (Bodino). Apenas participa en la vida gremial y cuando lo hace persigue fines económicos de segundo orden (v gr obtener el pago de los derechos a cambio de la concesión de la maestría).

DE BUEN N (2001a) *Derecho del Trabajo* T I 14 Edición revisada y actualizada, Editorial Porrúa México p 25

siglos XVIII y XIX, revolución simbolizada por la aparición del maquinismo, lo que transformó de modo radical el proceso de producción de toda clase de artículos, haciendo que la manufactura se volviera sumamente costosa, en relación con el ahorro de costos que representaba la producción a gran escala. La revolución industrial, pues, genera no solamente la transformación de la estructura del trabajo, sino también de los cimientos de la sociedad misma, surgiendo entonces la figura del Estado moderno, conjuntamente con grandes concentraciones de población en los sitios industrializados y un nuevo estrato social, representado por la enorme masa obrera empleada en las fábricas.

Si bien operaban cambios profundos en la estructura social y económica de Europa, la llamada conciencia de clase va formándose lentamente y llega a consolidarse con el Manifiesto Comunista, de Carlos Marx y Federico Engels. La clase obrera, urgida de condiciones de trabajo más humanizadas, emprende una ardua lucha que lleva a un período de represión a mediados del siglo XIX. No obstante, los intentos de los obreros por llevar a cabo acciones organizadas no mermaron. Es así que el 28 de septiembre de 1864, se realiza un importante mitin en Londres en donde se aprueba la constitución de la Asociación Internacional de los Trabajadores, mejor conocida como la Primera Internacional.

Al igual que en Europa, en América Latina ya desde el siglo XIX se dio un importante crecimiento de la clase obrera urbana, en detrimento de la población rural. Se crearon por ello nuevas necesidades de servicios en la población urbana. Por otro lado, las capas medias tendieron a proletarizarse con el avance del capitalismo, ya que las antiguas profesiones liberales (maestros, médicos, abogados, etc.) pasaron a

convertirse en trabajo asalariado. Para esta época, durante el siglo XIX y hasta inicios del siglo XX, la clase obrera estuvo sometida a pésimas condiciones de trabajo².

Las luchas obreras ven su fruto en el nacimiento del Derecho del Trabajo y el establecimiento de derechos mínimos en beneficio de la clase trabajadora y, con ello, la aparición de una nueva rama del Derecho a nivel doctrinal, la cual fuera denominada "Derecho Social". De igual modo, emerge el concepto de "Estado de Bienestar", cristalizado en regímenes de seguridad social, marcándose así indeleblemente la relación entre los aspectos económicos y los sociales a la hora de regular legalmente las relaciones laborales.

En este contexto, es de destacarse la adopción del Tratado de Versalles el 28 de junio de 1919, mediante el cual se crea la Organización Internacional del Trabajo como organismo adscrito a la Sociedad de Naciones –antecedente de la Organización de las Naciones Unidas- el cual, en su Parte XIII, relativa al trabajo, compromete a los Estados miembros a participar de manera activa en las relaciones laborales, por medio de su participación en la OIT, considerando que el establecimiento de la paz universal sólo

² Según comenta Rubens Iscaro, "... la jornada de trabajo tenía entre 12 y 16 horas, en condiciones casi inhumanas. No existía el descanso dominical, ni vacaciones ni seguro social alguno. Los accidentes de trabajo eran muy frecuentes y no había permisos ni indemnizaciones para los accidentados. Tampoco existían convenios, y regía el contrato individual, por lo que el obrero se hallaba a merced del patrono. Éste le exigía el máximo esfuerzo en el trabajo y le cobraba una multa ante la menor falla. En países como Brasil, Cuba, México, Chile, Colombia y Perú los patronos podían recurrir a castigos corporales. Los salarios eran ínfimos.

Esas condiciones de vida y de trabajo impulsaron a los obreros desde el comienzo, a luchar por mejorarlas. Primero fueron las rebeliones aisladas y espontáneas, aplastadas a sangre y fuego por las fuerzas del orden. Luego, aleccionados por la experiencia, los trabajadores comenzaron a unirse, a realizar huelgas disciplinadas y a organizar uniones obreras, muy amorfas al principio en cuanto a su carácter, pero que se fueron definiendo poco a poco en sindicatos y agrupaciones políticas. Las primeras organizaciones de este tipo aparecieron en Argentina, México, Chile y Uruguay, en un proceso en el que influyeron grandemente los centenares de miles de obreros emigrados de Europa, sobre todo de Italia, España y Alemania, donde ya existía un movimiento obrero fuerte y consolidado, cuya cúspide reconocida estaba en la Primera Internacional, fundada y dirigida por Marx y Engels."

ISCARO, R. (1973b): *El movimiento sindical latinoamericano*, Editorial Ciencias del Hombre, Buenos Aires, p. 39.

puede darse sobre la base de una real justicia social, piedra angular de la labor que viene desempeñando la OIT desde su fundación hasta nuestros días.

II. EVOLUCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO EN EL MARCO DE LA EMPRESA

Desde el surgimiento del Derecho del Trabajo, la organización del trabajo en el marco de la empresa ha estado en constante evolución, pasando por distintos modelos de producción. Es así que la organización del trabajo ha atravesado por tres grandes etapas: la organización científica del trabajo, la escuela de las relaciones humanas y la era de las técnicas de información y comunicación.

Más que plantear similitudes o diferencias entre cada una de las etapas en la organización del trabajo industrial, resulta más apropiado comentar que las mismas se complementan, ya que un punto medular de evolución y transformación es la visión que tiene la empresa del trabajador y que, al modificarse, provoca toda una serie de cambios en cuanto a los procesos productivos. Lo anterior, obviamente, sin olvidar la importancia de la revolución tecnológica y de las telecomunicaciones que ha alterado, no sólo el entorno laboral, sino todos los aspectos de la vida de los seres humanos, de lo cual se desprende que, dentro del sistema laboral, toman lugar un sinnúmero de relaciones, tanto individuales como colectivas, que terminan transformando la vida de los que en ellas participan. Veamos algunos aspectos fundamentales de estas etapas.

A. LA ORGANIZACIÓN CIENTÍFICA DEL TRABAJO

La idea de que las labores deben ser coordinadas en aras de lograr una mayor productividad ha tenido vigencia, desde el propio surgimiento de la industria, hasta nuestros días. En efecto, no puede pretenderse obtener un rendimiento aceptable que justifique la inversión para la producción de bienes o servicios, si no media una

organización concienzuda de cómo va a desarrollarse en la práctica la actividad empresarial, es decir, la puesta en marcha de un proceso productivo cuyo resultado final sea la inclusión de los productos o servicios en el mercado consumidor.

"Se puede definir la organización científica del trabajo como el sistema resultante del estudio de las relaciones entre los diferentes factores de producción y, en especial, entre el hombre y los instrumentos de trabajo, para obtener mayor rendimiento con menor esfuerzo laboral. Se trata de sustituir, con normas cada vez más científicas, el empirismo de la industria, mediante la armonía o la unidad entre la máquina y el hombre. De los medios materiales se pretende una mayor explotación y un costo menor, del factor humano se persigue una mejor disciplina y utilidades laborales."³ El campo de experimentación para el desarrollo de la tecnología de uso industrial resulta, por tanto, sumamente variado y su modificación es constante, toda vez que el estado de los progresos técnicos cambia constantemente, así como también influye el desarrollo de las profesiones y las necesidades de los mercados, en función de las condiciones socioeconómicas propias de cada país o región.

Los términos "fordismo" y "taylorismo", expresiones íntimamente ligadas a la idea de la organización científica del trabajo, surgen en virtud de las emblemáticas megafábricas de los Estados Unidos de América, caracterizadas por la alta velocidad de la producción en centros de trabajo que aglutinaban gran cantidad de obreros, sujetos a una subdivisión extrema del trabajo, con la atención centrada en el tema económico. Con respecto a las relaciones interpersonales en el centro laboral, el tema se aborda solamente a propósito de facilitar un ambiente de cooperación que favorezca la rentabilidad. Con la organización científica del trabajo, el hombre es despojado de su

³ CABANELLAS DE TORRES, G. (1998): *Diccionario de Derecho Laboral*, 1ª Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, p. 393.

capacidad creativa, está ligado a la tarea encomendada y simplemente le interesa devengar un salario, por lo que es en esta etapa en donde se acuña la expresión "*homo economicus*" para hacer alusión a la situación del obrero.

Según comenta Guillermo Cabanellas⁴, el Taylorismo, sistema productivo industrial perfeccionado por Federico Winslow Taylor, consiste en la organización técnica que permite una mayor productividad en un mínimo de tiempo, combinando la distribución del trabajo con la capacidad, para llegar a la mayor rapidez posible en la ejecución de cada tarea. La organización científica del trabajo consiste, pues, en un cambio de paradigma operado en la mentalidad de ambas partes de la relación obrero-patronal, fundamentando la misma en un clima de cooperación, en lugar de confrontación, con apoyo de la estructura en un amplio margen de rentabilidad de las operaciones.⁵

Implantado por Henry Ford, fabricante de automóviles, el fordismo, que viene a ser la puesta en práctica del Taylorismo, puede describirse como un método industrial de trabajo en serie, especializado al máximo y de aprovechamiento integral de la mano de obra, a cambio de una retribución no regateada, regla que llegó a concretarse en la popularizada fórmula de que el obrero que fabricara automóviles debía ganar lo

⁴ CABANELLAS DE TORRES, G. (1998): p. 638.

⁵ Guillermo Cabanellas se ocupa de detallar las bases del sistema taylorista, utilizando la descripción que fuera brindada por el propio fundador, quien a la letra señala que: "En su esencia, la organización científica del trabajo implica una revolución mental completa en todos los trabajadores en cuanto concierne a sus obligaciones, tanto con respecto a su propio trabajo como a sus compañeros y empleadores. Implica una revolución mental análoga en la parte patronal, en el capataz, en el director de fábrica, en el propietario del negocio o en los miembros del consejo de administración, en lo que concierne a sus obligaciones, tanto respecto de los que comparten con ellos la responsabilidad de la dirección como en relación con los obreros, y ante todos los problemas cotidianos. Si esa revolución mental no se realiza en ambas partes, no hay organización científica del trabajo... La revolución consiste en que ninguna de las dos partes considere la división de la ganancia obtenida de la producción como la única meta importante, sino que se fije la atención en obtener un aumento tan grande de ganancia que sea verdaderamente inútil disputar acerca de la parte de cada uno... En la adopción de este nuevo punto de vista, en substitución del antiguo, está toda la esencia de la organización científica del trabajo, y ésta no existirá mientras no constituya la idea central de ambas partes, mientras que un nuevo ideal de cooperación y de paz no sustituya al antiguo ideal de discordia y de guerra".

CABANELLAS DE TORRES, G. (1998): p. 638.

suficiente para poderlos comprar. Tiene su base en un estricto enfoque ético laboral según el cual la vida social del trabajador resulta absolutamente incompatible con el tiempo de trabajo, teniendo el trabajador como objetivo único el cumplimiento estricto de sus obligaciones, a cambio de su recompensa económica.⁶

El Fordismo-Taylorismo se considera el esquema emblemático de organización científica del trabajo, habiendo recibido múltiples críticas, entre ellas, que provocaba que los trabajadores rebasaran los límites de su capacidad física con tal de elevar su productividad para obtener mayores ingresos. Además, propiciaba la rápida eliminación de la planilla de los trabajadores menos productivos y no se analizaban las relaciones con otros trabajadores, sindicatos, etc. En suma, el trabajo era tenido como un factor externo al trabajador como ser humano integral.

B. LA ESCUELA DE LAS RELACIONES HUMANAS

La preocupación por índices cada vez más elevados de productividad condujo al estudio de las necesidades de los trabajadores, lo cual devino en un cambio de paradigma. Surge entonces la idea del hombre como ser social dentro del centro de trabajo y la escuela de las relaciones humanas. Lo medular de este cambio de visión es la idea de contribución y el sentido de pertenencia a la organización que el empleador procura sembrar en los trabajadores. Se observa el cambio de mentalidad con respecto al fordismo-taylorismo en la década de los 30's, cuando, luego de la Gran Depresión, el factor humano se encontraba más formado que durante los años anteriores, incluso políticamente hablando, siendo más beligerante también el papel de los sindicatos.

Contrariamente a lo que sucede con la organización científica del trabajo, en la cual no existe una perspectiva sociológica de la situación, con la escuela de las relaciones humanas, que llegó para quedarse, se entra en el análisis de tipo

⁶ CABANELLAS DE TORRES, G. (1998): pp. 263-264.

sociológico, aplicado a las relaciones laborales. Siendo la Sociología una disciplina dedicada al análisis de las relaciones entre los seres humanos, la Sociología del Trabajo –también llamada Sociología Industrial o de la Organización- estudia dichas relaciones en el entorno laboral, para explicar en función de ellas el comportamiento social. Y es que el propio Derecho laboral como ciencia social, al igual que todas las demás ramas del Derecho, tiene por objeto de estudio las relaciones entre los seres humanos y con el aparato gubernamental.

La Sociología del Trabajo, cuyo punto de partida es esta concepción de relacionamiento humano en relación con la organización del trabajo, de esta forma encuentra sus raíces en la idea de la sociedad industrial, la cual, como se ha visto, ha atravesado por diversas etapas o revoluciones que implican considerables transformaciones en el trabajo.

El trabajo concebido como fenómeno social involucra varios aspectos básicos. Ante esto, ¿qué se entiende por trabajo? Desde la perspectiva sociológica, el trabajo viene a ser un producto de relaciones sociales complejas, ya que pueden ubicarse múltiples grupos dentro de un centro de trabajo (trabajadores, empleadores, sindicatos, mandos medios, etc.). La visión de la escuela de las relaciones humanas integra así el análisis de la sociedad, ya que la misma da estructura al trabajo y proporciona el marco referencial para establecer las condiciones en las cuales se da la prestación de servicios, involucrando factores como la importancia del trabajo en equipo, la motivación y las relaciones con la familia del trabajador.

C. LA IMPLEMENTACIÓN DE TÉCNICAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

Se mencionó que los procesos de producción se ven afectados por cambios externos de tipo tecnológico, los cuales se dan a gran velocidad. En efecto, los avances

tecnológicos transforman constantemente los puestos de trabajo, dando lugar a la desaparición de funciones y oficios completos y a la creación de otros nuevos empleos. Con la implementación de tecnologías de la información y comunicación, el valor sociocultural más importante viene a ser la rapidez, siendo enfocada la atención hacia la calidad del producto final.

Resulta interesante detenerse a meditar sobre las fuentes de generación de riquezas desde los inicios de la configuración del Estado moderno hasta nuestros días. Se ha ido pasando del sector primario (latifundio), al secundario (industria) y luego al terciario (servicios). Se observa que, aunque formalmente se reconoce por todos los gobiernos la importancia de lograr un desarrollo balanceado de los tres sectores, la orientación hacia el desarrollo o preponderancia de cada uno de ellos se ha dado a lo largo de la evolución del Estado moderno, en etapas en donde la primacía de un sector, se da junto con la depresión de los restantes.

Al implementar las TIC's, el enfoque se torna mucho más amplio, ya que se toman en cuenta aspectos como la globalización, así como también, elementos políticos, familiares, psicológicos, económicos y jurídicos en la estructuración de la organización del trabajo.

Nos encontramos inmersos actualmente en la etapa o era post-industrial, la cual tiene su base ligada a la escuela de las relaciones humanas debido a que el estudio del relacionamiento social en el ámbito del trabajo no ha perdido en absoluto vigencia. En la actualidad, caracterizado por el avance en las telecomunicaciones, el sector terciario es llamado a asumir el papel protagónico, y en su desarrollo se concentran los esfuerzos de los gobiernos por sobresalir, muchas veces, en desmedro de las urgentes necesidades o conflictos que agobian los otros dos sectores de la economía. Sin

pretender ahondar en el tema, basta observar en nuestro país cómo se acentúan las dificultades del agro y la industria para subsistir en el sistema económico globalizado.

III. PANORAMA ACTUAL DE LAS RELACIONES LABORALES EN RELACIÓN CON LOS PROCESOS PRODUCTIVOS

Resulta innegable que los profundos cambios en la política internacional ocurridos a lo largo del siglo pasado han traído como consecuencia directa la transformación hasta sus cimientos, no solamente de la percepción de la función social que ostenta el Derecho del Trabajo dentro del esquema de la sociedad actual, sino que se cuestiona la vigencia, efectividad y necesidad de sostener gran parte de las políticas sociales que, hasta hace poco, habrían sido incluidas como tema de primer orden dentro de las agendas de Estado de muchas naciones.

En efecto, un importante sector de la doctrina moderna atribuye el cambio de paradigma que ha operado a nivel global, a la desaparición del bloque socialista, con la consecuente consolidación del modelo económico capitalista como esquema a seguir por todas las economías, en aras de lograr la supervivencia dentro del mercado globalizado⁷. Obviamente, más allá de la mera supervivencia, deben ponerse de resalto las experiencias positivas que, en cuanto a indicadores de desarrollo económico, se aprecian en países que se han comprometido con la implementación del modelo de

⁷ Al estudiar el tema de los principios del Derecho del Trabajo y su relación con la globalización de la economía –la mundialización del comercio por medio de la eliminación o la disminución de trabas arancelarias o no arancelarias, Américo Plá Rodríguez encuentra en el surgimiento del GATT, el cual dio lugar a la Organización Mundial de Comercio (OMC), el punto en el que se consolida el proceso y señala a la vez que influyeron en el fenómeno de la globalización tres factores, dados en diferentes planos: el avance tecnológico en materia de comunicaciones y transportes que produce el acercamiento de todas las regiones del mundo; la caída del muro de Berlín; y la proliferación de las sociedades multinacionales, las cuales, si bien son de vieja data, en los últimos años alcanzaron una proliferación y desarrollo considerablemente mayor.

Véase PLÁ RODRÍGUEZ, A. (1998): *Los principios del Derecho del Trabajo*, 3ª edición actualizada, Editorial Depalma, Buenos Aires, pp. 47-48.

apertura de mercado v gr Chile en América Latina e Irlanda en la Unión Europea En cuanto al continente asiático basta observar la experiencia de la Republica Popular China en la cual si bien el control político es ejercido por el Partido Comunista la tendencia clara es hacia el capitalismo y la economía de mercado abierto de bienes y servicios

Pasando ahora al análisis de la situación concreta de América Latina -en donde las estructuras organizacionales han evolucionado de acuerdo con las etapas antes expuestas observamos que procesos políticos y económicos dados en las últimas décadas han dado como resultado un entorno regional con características muy propias y completamente disímiles con respecto al panorama que presentan los países desarrollados

La regulación legal de las relaciones laborales en Latinoamérica ha estado impregnada por una marcada participación del Estado Aun cuando el movimiento sindical latinoamericano ha jugado un papel relevante en la creación de mejores condiciones de trabajo no se observa un protagonismo por parte de los sindicatos como es el caso de Europa Es palpable en nuestros países la intervención directa del Estado en la creación de normas protectoras para los trabajadores como parte de una estrategia de acceso y perpetuación en el poder de regímenes populistas y paternalistas Lo anterior se observa con claridad en nuestro propio país con la actuación del General Omar Torrijos y la implementación del Código de Trabajo como forma de obtención de apoyo por parte de la clase trabajadora y los sindicatos

Las legislaciones laborales surgidas como consecuencia de estos procesos políticos se caracterizan por el garantismo y el proteccionismo al trabajador sin reparar apenas en aspectos de índole económica vitales en el desarrollo de una adecuada normativa Como resultado de lo anterior se puso en marcha en nuestra región un

modelo proteccionista en cuanto a las relaciones de trabajo, sin favorecer en absoluto la competitividad en cuanto a la producción de bienes y servicios por parte de las empresas, cargas sociales que sostenían los empresarios de cada Estado en virtud de una estructura macroeconómica cerrada a la competencia externa y con múltiples incentivos y subvenciones a la producción. Este modelo económico terminó por agotarse, por no ser autosostenible, llevando a los gobiernos de la mayoría de los países de Latinoamérica, incluyendo Panamá, a procesos de endeudamiento que culminaron con la puesta en ejecución de programas de ajuste estructural para tratar de corregir las deficiencias del mercado.

En este contexto, las instituciones del Derecho del Trabajo en nuestros países han sido duramente cuestionadas, dado que las legislaciones de tipo garantista contienen normas muy favorables al sector trabajador, imposibilitando la alteración a la baja de los derechos concedidos. Las tendencias actuales parecen, así, apuntar hacia el abandono de la política social que caracterizó a buena parte del siglo XX, dándose una serie de fenómenos conexos como la crisis en los sistemas de seguridad social, el adelgazamiento del Estado y la decadencia del sindicalismo. Por ello, en opinión de un sector de la doctrina, se ha iniciado el "camino de regreso de los derechos laborales"⁸. Esta es una posición que no compartimos. Ahora bien, pese a que múltiples son las opiniones en cuanto a los factores que inciden en la situación del Derecho del Trabajo, lo que queda evidenciado es el vínculo que une indisolublemente a nuestra disciplina con las ciencias económicas.

A los efectos de abordar nuestro tema de estudio con relación al panorama actual de las relaciones laborales, es de resaltar que la característica fundamental en cuanto al trabajo en la empresa, consiste en que el proceso evolutivo de la estructura de las

⁸ DE BUEN, N. (2001a): p. 27.

relaciones laborales y los avances tecnológicos han traído como consecuencia la desaparición de la uniformidad de las organizaciones tanto en espacio como en tiempo. Luego entonces, el lugar de trabajo deja de ser considerado un centro de producción (un edificio) y pasa a ser considerado un sistema social.

Según comenta Héctor Zapirain: A fin de adaptarse a esas exigencias, la organización de la producción y la estructura de la empresa se modifican transformando el propio concepto de empresa. Se impone el modelo de la empresa integral y flexible (). Sus objetivos se concentran en las actividades productivas centrales o nucleares desprendiéndose de todas aquellas consideradas secundarias o accesorias para lo cual cuenta con apoyo tecnológico (tecnologías de equipos y de gestión) ⁹

Con la evolución de las formas de trabajo en el marco de la globalización, el Derecho laboral se ve pues abocado a la creación de nuevas figuras jurídicas, así como también la modificación de las instituciones ya existentes a fin de regular las relaciones laborales buscando llegar a un entendimiento entre los intereses de ambas partes involucradas: trabajadores y empleadores. Así las cosas, mientras que los gobiernos nacionales se debaten entre la modificación o no de la normativa laboral -con miras a adaptarse a las exigencias del mercado- en el ámbito internacional las instituciones del Derecho del Trabajo propugnan por alcanzar niveles aceptables de protección a los trabajadores con la intervención de organismos internacionales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que ya ha establecido estándares o parámetros dentro de los cuales deben ajustarse las regulaciones nacionales de los Estados miembros en el marco de la globalización.

⁹ ZAPIRAIN H (2000) "La descentralización y su repercusión en el Derecho colectivo". En GRUPO DE LOS MIÉRCOLES XXV Aniversario (2000) Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. 1. Edición. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo. p 447

Habiendo expuesto brevemente algunos de los principales aspectos del proceso evolutivo de las relaciones de trabajo pasamos al examen de lo que se entiende por descentralización empresarial a través del estudio de sus diferentes formas o modalidades

IV APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

Se presentan en este punto algunas definiciones del término descentralización empresarial así como también se mencionan diversos vocablos que hacen alusión a esta idea. No debe perderse de vista que este tema si bien resulta novedoso en nuestro país por las características que actualmente se observan en los procesos de descentralización más bien constituye una tendencia proveniente de países industrializados anglosajones en donde desde hace décadas se maneja el concepto de alianza estratégica con proveedores externos para optimizar el proceso de producción. Por ello tanto la definición como los mecanismos de actuación de estos procesos han sido adaptados a nuestros países.

Américo Plá Rodríguez, destacado jurista uruguayo, recurre a Martín Valverde para plantear una definición del vocablo descentralización. De acuerdo con Antonio Martín Valverde, la descentralización productiva se caracteriza por la obtención de los objetivos productivos de una empresa principal no por la incorporación de trabajadores a su planilla sino por la combinación o coordinación de aportaciones parciales llevadas a cabo por empresas auxiliares o por colaboradores externos. La descentralización productiva se manifiesta así en el encargo a terceros de la realización bien de partes en operaciones singulares del ciclo productivo de una empresa bien de aquellas

actividades complementarias que no corresponden a dicho ciclo productivo pero que son indispensables en su marcha ordinaria ¹⁰

Al intentar definir la descentralización empresarial a partir de su denominación en inglés *outsourcing* la traducción literal vendría a ser fuente externa o abastecimiento externo. Ello tomando en consideración que el adverbio *out* significa fuera afuera o de fuera y el sustantivo *source* en sentido figurado "fuente u origen" ¹¹. Haciendo una aplicación de ambos términos orientados al sentido y uso del vocablo *outsourcing* en español podemos hablar de abastecimiento suministro o dotación de fuente u origen externo.

Juan Raso Delgue ¹² advierte que el significado del *outsourcing* apunta al proceso de sacar al externo de la empresa procesos de la producción o del trabajo tradicionalmente desarrollados a lo interno de la misma por vía de la transferencia a lo externo de la empresa de etapas de la gestión y de la producción reteniendo ésta el control sobre las mismas. Este último aspecto diferencia el *outsourcing* de los contratos comerciales comunes a través de los cuales la empresa adquiere bienes o servicios de terceros. En la contratación común el empresario actúa como cualquier cliente que elige bienes y servicios producidos en forma independiente por un tercero mientras que en el *outsourcing* ejerce una injerencia de hecho en la producción de bienes y servicios del tercero ya que vigila da indicaciones interviene. En fin ejerce un verdadero poder

¹⁰ MARTÍN VALVERDE A (2000) En PLÁ RODRIGUEZ A "La descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo" En GRUPO DE LOS MIÉRCOLES XXV ANIVERSARIO (2000) Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo 1 Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo p 13

¹¹ STEINER, R (Ed) (1997) Diccionario Internacional Simon and Schuster Inglés/Español Español/Inglés 2 Edición, Simon & Schuster Inc Nueva York

¹² RASO DELGUE J (2000) *Outsourcing* En GRUPO DE LOS MIÉRCOLES XXV ANIVERSARIO (2000) Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo 1 Edición Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo p 38

de control emparentado con el tradicional poder de dirección y sigue reteniendo la conducción y organización de todo el ciclo productivo.

Se dice también que el *outsourcing* conlleva realizar fuera de la empresa aquellas actividades necesarias pero no centrales del negocio de una organización, y para las cuales no se tienen unas capacidades especiales.¹³ Lo importante de esta perspectiva es el énfasis que se hace en el tipo de actividades que pueden estar sujetas a la modalidad, descritas como necesarias, mas no centrales, y que no requieran capacidades especiales. Disentimos de este criterio, ya que, en la práctica, como se verá más adelante, muchas de las actividades que se dan bajo la figura del *outsourcing* sí requieren capacitación y habilidades específicas de las personas que prestan sus servicios bajo esta modalidad. Si bien servicios no profesionales como el de limpieza son comúnmente objeto de contratos de *outsourcing*, muchas actividades inmersas en procesos de tercerización requieren que los prestadores del servicio cuenten con preparación o capacitación especial, por ejemplo, distribución de productos, contabilidad, materia tributaria y legal, publicidad y tecnología informática y de sistemas, selección y formación de personal, logística, compras y *telemarketing* o telemercadeo.

La externalización de actividades y procedimientos, más allá de la sola utilización de recursos externos a la organización, implica muchas veces que el proveedor externo o *outsourcer* realiza sus tareas fuera de la empresa. Aunque se presentan muchas variantes en la prestación externa de servicios o abastecimiento externo de bienes, ésta puede ser considerada una característica importante del *outsourcing*, de la cual se parte para entrar a establecer diversas modalidades o tendencias.

¹³ “*Outsourcing*. Una aproximación conceptual”. En: Revista Empresario, 2005, Año 3, No. 23, Panamá, p. 16.

Desde el punto de vista contractual, el *outsourcing* puede definirse como el conjunto de contratos mercantiles articuladores de relaciones de colaboración externa empresarial idóneos para materializar la externalización de actividades y funciones de la empresa¹⁴. Por otro lado, desde la perspectiva de la teoría administrativa, se refiere al fenómeno moderno de desconcentración o de construcción empresarial, consistente en realizar desde el mercado (encomendándose a algún proveedor externo) actividades productivas que tradicionalmente se han venido realizando en el interior de la empresa. Se trata de una novedosa forma de cooperación interempresarial¹⁵.

Cabe mencionar que a las empresas ubicadas "al otro lado del mostrador"¹⁶, es decir, quienes prestan servicios o productos a otras empresas de modo tercerizado, se les suele denominar *outsourcers*. Es a estas empresas que se encuentran en el lado opuesto del proceso de externalización a quienes suele aplicárseles la idea de "producción colaborativa" ya que, de hecho, colaboran o coadyuvan a la culminación del proceso de producción de la compañía a la cual prestan servicios o bienes.

Es importante señalar también que la descentralización empresarial no solamente se produce en el ámbito nacional, sino que cada vez es más frecuente a nivel internacional, lo que, a su vez, ostenta diversas denominaciones –*offshoring*, *offshore-outsourcing*, *relocation*– fenómeno que, en general, implica movilizar tareas, antes ejecutadas en el marco de una compañía doméstica, más allá de las fronteras nacionales.¹⁷

¹⁴ ROMERO-PÉREZ, J. (2003): "La externalización de actividades laborales (*outsourcing*)". En: *Revista de Ciencias Jurídicas* No. 102, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Colegio de Abogados, San José, p. 122.

¹⁵ ROMERO-PÉREZ, J. (2003): p. 128.

¹⁶ EDELBERG, G. (2003): "*Outsourcing: el otro lado del mostrador*". En: *Revista Pauta*, Año 13, No. 118, Panamá, p. 22.

¹⁷ GERSTENBERGER, B. y ROEHL, R.L. (2005): "*Service jobs on the move – offshore outsourcing of business related services*". En: Instituto Internacional de Estudios Laborales – OIT, (2006): *Offshoring and the internationalization of employment. A challenge for a fair globalization?*, 1ª Edición, OIT, p. 58.

Los elementos de las definiciones planteadas importan un carácter multidisciplinario en el que se ponen de resalto aspectos económicos, sociológicos y legales. De hecho, resulta imposible aislar elementos de otras disciplinas aparte de la ciencia jurídica, a la hora de abordar un tema como la descentralización empresarial. Para un adecuado y balanceado análisis de toda figura jurídica relacionada con el Derecho del Trabajo, en efecto, es preciso tomar en cuenta las posiciones de los diversos interlocutores sociales, a los efectos de obtener un panorama completo de las complejas situaciones y dificultades a las que se ve enfrentada nuestra disciplina. Para ello, el apoyo en otras ciencias como la Economía, la Administración y la Sociología deviene indispensable.

De acuerdo con los planteamientos anteriores sobre la configuración que presentan las relaciones laborales actuales en el marco de la flexibilización y los procesos productivos, nos acogemos al criterio de Jorge Rosenbaum Rímolo¹⁸, quien advierte que las manifestaciones contemporáneas de descentralización aparecen como modalidades de reestructuración de las empresas y de la organización del trabajo.

De este modo, se colige que la descentralización empresarial viene a ser una importante manifestación de la estructura organizacional del trabajo que se impone a nivel mundial, dominada por la implementación de tecnologías de información y comunicación. La reestructuración empresarial tendiente a la descentralización, sobre todo en empresas en gran tamaño, tiene así su basamento en la necesidad impostergable por parte del sector empresarial de sobrevivir en un mercado cada vez más competitivo, en donde las metas se enfocan en aspectos de rapidez y calidad total,

¹⁸ ROSENBAUM RÍMOLO, J. (2000): "Descentralización empresarial y negociación colectiva". En: GRUPO DE LOS MIÉRCOLES, XXV Aniversario (2000) *Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo*, 1ª Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, p. 491.

con la mayor economía posible de recursos y costos, entre los cuales se encuentra, a no dudarlo, el manejo de las relaciones laborales.

V. MODALIDADES

Previo al estudio de diversas tendencias o modalidades que se aprecian vinculadas en la doctrina a la descentralización empresarial, es obligante hacer algunas acotaciones sobre el por qué de la clasificación que se presenta.

Partimos por establecer que, en nuestra opinión, puede hablarse de un concepto amplio y un concepto restringido de descentralización empresarial o tercerización. En sentido estricto o restringido, la descentralización empresarial es el proceso mediante el cual una empresa se abastece de productos o servicios integrantes de su proceso de producción, los cuales son suministrados por un tercero, es decir, una persona natural o jurídica que no forma parte de la estructura estable o planilla de la empresa.

Esta noción se deriva del propio significado del verbo "descentralizar", que es "transferir a diversas corporaciones u oficios parte de la autoridad que antes ejercía el gobierno supremo del Estado"¹⁹. La anterior definición alude a la tendencia que se observa en muchos gobiernos de otorgar mayor poder a los gobiernos locales o municipales, con la finalidad de elevar la agilidad y eficiencia del aparato estatal central. Trasladando este concepto al ámbito privado, trae como consecuencia un redimensionamiento de la figura aplicada al sector empresarial que, a la postre, haya su sustento en las mismas bases de la descentralización del sector público.

Por otro lado, estimamos que al hablar de descentralización empresarial en sentido amplio, es posible incluir diversas formas de estructuración comercial que, si bien han estado utilizándose por muchas décadas –por lo cual no resultan ya

¹⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001): *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª Edición, p. 520.

novedosas- se pueden considerar estrechamente relacionadas con la tercerización. En virtud de ello, se catalogan como formas de descentralización a la franquicia y la empresa filial. Además, la descentralización comprende la subcontratación e intermediación, el suministro de mano de obra, así como también el trabajo autónomo. Todas éstas, figuras clásicamente reguladas en la legislación laboral, adquieren nuevas aristas y mucha más relevancia, dadas las circunstancias en las cuales se desenvuelve el mercado de productos y servicios en la actualidad.

A. SUBCONTRATACIÓN E INTERMEDIACIÓN

La acepción "subcontratación", según Gustavo Gauthier²⁰, se visualiza desde dos enfoques o perspectivas. En primer lugar, puede identificarse fundamentalmente una posición restringida, en donde la noción se asimila a la concepción civilista del subcontrato. Por otro lado, está la visión amplia, donde la subcontratación comprende todos aquellos casos en que el empleador contrata con terceros actividades descentralizadas en relación con la organización originaria.

En apoyo a la anterior aproximación conceptual, el enfoque restringido vendría dado por la concepción de la subcontratación como el contrato que una empresa hace a otra para que realice determinados servicios, asignados originalmente a la primera.²¹ Esta definición se sitúa en la figura del contratista que ya posee un encargo y, posteriormente, delega parte de sus obligaciones en un tercero, que viene a ser el subcontratista. Por su parte, el enfoque amplio viene dado a partir de la figura del empresario-empleador, quien decide, en un momento dado, subcontratar con un tercero determinadas actividades o servicios relacionados con su giro de actividad.

²⁰ GAUTHIER, G., et Al. (2000): "Subcontratación e intermediación". En: GRUPO DE LOS MIÉRCOLES, XXV Aniversario (2000) *Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo*, 1ª Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, p. 342.

²¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001): p. 1425.

Pasando al estudio de la parte subjetiva de la subcontratación, partimos por aludir a la figura del "contratista", definido por Cabanellas como "el que toma a su cargo, por contrato, la ejecución de alguna cosa. (...) En el contrato de empresa, aunque no existe inconveniente en llamarle empresario al que se encarga de la ejecución de una obra, por enfocarlo como capitán de industria, predomina la denominación objetable de contratista, que se reemplaza muchas veces por la naturaleza de la obra o fabricación, como el carpintero, el mueblista, el sastre."²²

Los Profesores Murgas Torrazza y Torres De León también se ocupan de exponer sus consideraciones en torno a la figuras del "contratista" y el "subcontratista", para quienes "contratista es la persona que, poseyendo organización empresarial propia, realiza un trabajo por encargo de otra empresa. El subcontratista es aquel que ejecuta una obra o parte de ella por cuenta de otra persona (el contratista), que a su vez la realiza para un tercero. Al igual que el contratista, el subcontratista debe poseer organización empresarial propia (...)"²³

La "intermediación", por su parte, desde el punto de vista de la estructura negocial, se traduce en un contrato de naturaleza civil, perfeccionado entre el empresario principal y el intermediario, cuyo objeto principal es la puesta a disposición del primero de mano de obra dependiente del segundo.²⁴

En la doctrina nacional se considera como característica esencial de la figura del intermediario, el hecho de que la gestión se realiza en beneficio de un tercero, ya que el auténtico intermediario no utiliza los servicios del trabajador, sino que los transfiere a un tercero que se beneficia de los servicios que contrata el intermediario.²⁵ Esto se

²² CABANELLAS DE TORRES, G. (1998): p. 133.

²³ MURGAS TORRAZZA, R y TORRES DE LEÓN, V. (2002): *La relación de trabajo en Panamá*, SPL, Panamá, p. 87.

²⁴ GAUTHIER, G., et Al. (2000): p. 347.

²⁵ MURGAS TORRAZZA, R y TORRES DE LEÓN, V. (2002): p. 91.

desprende directamente del contenido del artículo 89 del CT al definir lo que se entiende por intermediario, el cual señala a la letra:

"Artículo 89.- Intermediario es toda persona que contrata o interviene en la contratación de los servicios de otra u otras para ejecutar algún trabajo en beneficio de un empleador.

No serán considerados como intermediarios, sino como empleadores, los contratistas, los subcontratistas y demás empresas establecidas que contraten los servicios de trabajadores para la ejecución de trabajos, en beneficio directo de terceros, con capital, equipo, dirección y otros elementos propios. No obstante, el beneficiario directo de los trabajos prestados u obra ejecutada será solidariamente responsable con el contratista, el subcontratista y demás empresas establecidas, del cumplimiento de las obligaciones pendientes a favor de los trabajadores, cuando se trate de trabajos u obras inherentes, relacionados o conexos con el giro de las actividades del beneficiario, aun cuando el subcontrato fuere expresamente prohibido en el negocio jurídico celebrado entre beneficiarios y contratistas.

En todo caso el contratista será solidariamente responsable con todos los subcontratistas de las obligaciones que éstos tuvieren pendientes con los trabajadores."

Es de resaltar que, de acuerdo con el inciso segundo de la precitada norma, el legislador distingue entre la persona del intermediario y la del empleador, englobando en esta última noción a los contratistas, subcontratistas y demás empresas que contraten trabajadores en beneficio directo de terceros.

Continuando con el aspecto subjetivo o personal de la subcontratación, para efectos de la presente clasificación sobre modalidades de *outsourcing*, entendemos que las figuras, tanto del subcontratista como del intermediario, pueden recaer, en principio, tanto en una persona natural, como en una persona jurídica. En efecto, nada impide que se pueda subcontratar en una persona natural la ejecución parcial de una obra o proyecto, tal como ocurre con frecuencia en el sector de la construcción.

Sin embargo, en este estudio, nos referimos en detalle a la persona natural como prestadora externa de servicios en el aparte sobre el trabajo autónomo, con base en el elemento de la prestación "personal" del servicio. Contrariamente a lo que sucede con el trabajo independiente, la subcontratación se caracteriza por la prestación de un servicio,

no necesariamente ejecutado por el propio contratista. En el trabajo autónomo, como se verá en páginas posteriores, no se dan las condiciones para la configuración de una relación jurídica normada por el Derecho Laboral, pero sí involucra una prestación personal de servicios.

Con respecto a lo que constituye el objeto del contrato, es decir, el tipo de trabajo o servicio que constituye la prestación, hay quienes vislumbran la relación entre *outsourcing* y subcontratación con base en el tipo de actividad, planteando que el *outsourcing* puede considerarse como "una clase de subcontratación" en la cual la empresa de *outsourcing* está especializada en la ejecución eficiente de ciertas actividades de la cadena de valor de la empresa-cliente que no pertenecen a su núcleo central de negocio, por lo que el *outsourcer* aporta una mejora de la productividad en la empresa contratante. En consecuencia, es posible diferenciar el *outsourcing* de otros tipos de subcontratación donde la empresa subcontratista ejecuta las mismas actividades de su cliente pero sin una especial diferencia ya sea en medios tecnológicos o en recursos humanos.²⁶

Este criterio reitera que son motivaciones de orden competitivo las que provocan que el empresario opte por iniciar un proceso de externalización. Por ello, según explica el profesor español Garikoitz Otazua Garmendia²⁷, las grandes empresas, que son más vulnerables a los cambios bruscos del entorno, vienen tendiendo a descentralizar aquellas tareas colaterales y complementarias a la actividad principal de la empresa (ya sean de provisión, producción, distribución, servicios a la empresa, etc.) hacia otras empresas jurídicamente independientes (subcontratadas).

²⁶ Revista Empresario, 2005. p. 17.

²⁷ OTAZUA GARMENDIA, G. (1998): "Modificaciones jurídico-laborales en el marco de la flexibilización del mercado de trabajo español". En: XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, T. I, Editora Sibauste, S.A., Panamá, p. 80.

La jurisprudencia nacional ha utilizado las nociones de subcontratista e intermediario como sinónimos desde hace ya varias décadas. Muestra de ello es el fallo de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia del 12 de mayo de 1976, en el cual se dictamina que: "(...) El texto de estos instrumentos contractuales nos demuestra que en efecto, el trabajador era un sub-contratista, o sea, un intermediario (...)"

En Panamá, la subcontratación se observa comúnmente en los servicios de reparación y mantenimiento de empresas prestadoras de servicios públicos en el área de las telecomunicaciones, no existiendo relación de trabajo entre el trabajador de la empresa subcontratista y la empresa contratista que recibe los servicios, sino que el vínculo laboral se produce entre el trabajador y la empresa subcontratista.

Con respecto a la legislación mejicana, conviene comentar lo que establece la Ley Federal de Trabajo²⁸ sobre la materia. El artículo 10 define qué se entiende por patrón o empleador, mientras que el artículo 12 define al intermediario. Por su parte, el artículo 13 de la LFT establece una exclusión a la condición de intermediario:

"Artículo 10. Patrón es la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores.

Si el trabajador, conforme a lo pactado o a la costumbre, utiliza los servicios de otros trabajadores, el patrón de aquél, lo será también de éstos.

Artículo 12. Intermediario es la persona que contrata o interviene en la contratación de otra u otras para que presten servicios a un patrón.

Artículo 13. No serán considerados intermediarios, sino patrones, las empresas establecidas que contraten trabajos para ejecutarlos con elementos propios suficientes para cumplir las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores. En caso contrario serán solidariamente responsables con los beneficiarios directos de las obras o servicios, por las obligaciones contraídas con los trabajadores."

Se observa que, en el Derecho mejicano, empleador es quien percibe los servicios del trabajador. Igual precepto se encuentra en nuestra legislación (artículo 87 del CT).

²⁸ Véase http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex_browser.details?p_lang=es&p_isn=42632. Consultado el 18 de junio de 2006.

Ahora bien, la LFT mejicana va más allá al estipular que, si un trabajador se vale de los servicios de otros trabajadores, el patrón lo será de todos. En cuanto a la definición de intermediario del artículo 12 de la LFT, observamos que nuestro Código de Trabajo (artículo 89) guarda una estrecha relación con la propuesta de Méjico. Nuestra ley es similar a la mejicana en el sentido que las condiciones de intermediario y empleador se excluyen mutuamente.

Los artículos 14 y 15 de la LFT aluden a las condiciones laborales en las cuales debe darse la intermediación, estableciendo la igualdad de condiciones de trabajo de los trabajadores que utilice el intermediario y los de la empresa beneficiaria. A su vez, se señalan las directrices aplicables en caso de que el intermediario ejecute obras o preste servicios de manera principal o exclusiva para un beneficiario. Aquí, la responsabilidad de empresa e intermediario deviene solidaria. También, se estatuye el principio de igualdad de condiciones de trabajo entre quienes realizan idénticas funciones:

“Artículo 14. Las personas que utilicen intermediarios para la contratación de trabajadores serán responsables de las obligaciones que deriven de esta ley y de los servicios prestados.

Los trabajadores tendrán los derechos siguientes:

I. prestarán sus servicios en las mismas condiciones de trabajo y tendrán los mismos derechos que correspondan a los trabajadores que ejecuten trabajos similares en la empresa o establecimiento, y

II. los intermediarios no podrán recibir ninguna retribución o comisión con cargo a los salarios de los trabajadores.

Artículo 15. En las empresas que ejecuten obras o servicios en forma exclusiva o principal para otra, y que no dispongan de elementos propios suficientes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13, se observarán las normas siguientes:

I. la empresa beneficiaria será solidariamente responsable de las obligaciones contraídas con los trabajadores, y

II. los trabajadores empleados en la ejecución de las obras o servicios tendrán derecho a disfrutar de condiciones de trabajo proporcionadas a las que disfruten los trabajadores que ejecuten trabajos similares en la empresa beneficiaria. Para determinar la proporción, se tomarán en consideración las diferencias que existan en los salarios mínimos que rijan en el área geográfica de

aplicación en que se encuentren instaladas las empresas y las demás circunstancias que puedan influir en las condiciones de trabajo."

En otras latitudes, se aprecia la implementación de regulaciones legales específicas tendientes a reglamentar las actividades de los intermediarios, por medio de la creación de instancias y mecanismos de control. Por ejemplo, en Perú fue promulgada la Resolución Ministerial núm. 064-2003-TR que aprueba la Directiva "Procedimiento para el Registro de Empresas y Entidades que desarrollan Actividades de Intermediación Laboral", con la cual se busca establecer directrices para la evaluación y calificación de solicitudes de inscripción de empresas especiales de servicios y cooperativas de trabajo, además de regular la expedición de las Constancias de Inscripción en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que realizan actividades de Intermediación Laboral. Con ello, se evidencia la tendencia de las legislaciones hacia la regulación de la intermediación laboral, que se da con una frecuencia cada vez mayor.

Consideramos a la subcontratación y la intermediación como expresiones análogas, siendo que el factor determinante en ambas viene a ser el acto de la contratación de personal que lleva a cabo el contratista para ejecutar una obra o prestar un servicio en beneficio de un tercero. Más aun, diríamos que el acto de la intermediación está contenido o implícito en la subcontratación. En suma, ubicándonos en la posición del subcontratista, lo que el mismo hace al momento de subcontratar no es más que colocarse en la posición de intermediario entre quien ejecuta una obra o presta un servicio (trabajador del subcontratista) y quien recibe la prestación o producto.

B. SUMINISTRO DE MANO DE OBRA

El suministro de mano de obra es una actividad que va de la mano con la existencia de las llamadas "empresas de colocación", "agencias de empleo" o

"empresas de trabajo temporal (ETT)". Guillermo Cabanellas las denomina "oficinas de colocación obrera", definiéndolas como cualquier entidad que con carácter oficial o privado, con remuneración o gratuitamente, procura facilitar trabajo a los que lo ofrecen como trabajadores y a quienes lo precisan como patronos.²⁹

En el ámbito del Derecho Internacional del Trabajo, la situación de las agencias privadas de colocación es de suma importancia, al punto de ser aprobado un convenio para reglamentar esta materia específicamente. Así, el Convenio No. 181 de 1997 de la OIT, sobre las agencias de empleo privadas, ratificado por Panamá mediante la Ley No. 18 de 27 de mayo de 1999, se ocupa del tema y define en su artículo 1 lo que se entiende por agencia de empleo privada:

"Artículo 1

1. A efectos del presente Convenio, la expresión agencia de empleo privada designa a toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo:

a) servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse;

b) servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante "empresa usuaria"), que determine sus tareas y supervise su ejecución;

c) otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas."

Se contemplan, pues, en la precitada disposición, los diversos supuestos en los cuales se enmarca la acción de la agencia de colocación privada. Cabe destacar del Convenio 181 de la OIT, el contenido del artículo 11, relativo a la protección que debe brindarse a los trabajadores de agencias privadas de empleo, con el cual se pretende asegurar que el sector trabajador, independientemente de la forma de contratación que

²⁹ CABANELLAS DE TORRES, G. (1998): p. 387.

se utilice, goce de adecuadas condiciones laborales, en consonancia con la legislación nacional de cada Estado miembro. El texto de la norma es del tenor siguiente:

"Artículo 11

Todo Miembro adoptará, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, las medidas necesarias para asegurar que los trabajadores empleados por agencias de empleo privadas previstas en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1 gocen de una protección adecuada en materia de:

- a) libertad sindical;
- b) negociación colectiva;
- c) salarios mínimos;
- d) tiempo de trabajo y demás condiciones de trabajo;
- e) prestaciones de seguridad social obligatorias;
- f) acceso a la formación;
- g) seguridad y salud en el trabajo;
- h) indemnización en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional;
- i) indemnización en caso de insolvencia y protección de los créditos laborales;
- j) protección y prestaciones de maternidad y protección y prestaciones parentales."

En la misma línea del Convenio 181, fue adoptada la Recomendación 188 de 1997 de la OIT, sobre las agencias de empleo privadas, la cual propone una serie de medidas de protección a los trabajadores que, se sugiere, sean implementadas por los Estados miembros. Entre dichas medidas, cabe destacar las siguientes:

"II. Protección de los trabajadores

(...)

5. Los trabajadores empleados por las agencias de empleo privadas, a las que se refiere el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1 Convenio, deberían tener, cuando sea conveniente, un contrato de trabajo escrito en donde se especifiquen sus condiciones de empleo. Como mínimo, estos trabajadores deberían ser informados de sus condiciones de empleo antes del inicio efectivo de su actividad.

6. Las agencias de empleo privadas no deberían poner trabajadores a disposición de una empresa usuaria con el fin de reemplazar a sus trabajadores en huelga."

En nuestra legislación, la denominación de "empresa o agencia de colocación" es la utilizada para hacer alusión a la actividad económica de intermediación en la contratación. Los artículos 21 al 29 del CT desarrollan la actividad de colocación de trabajadores y servicios de empleo, estableciendo, en primer lugar, el deber por parte

del Estado de desarrollar una política nacional de empleo, para lo cual debe intervenir en la colocación de mano de obra, procurar la conservación de las fuentes de empleo y crear las que sean requeridas (artículo 21). Por su parte, el artículo 22 de dicha excerta legal, conforme fue subrogado por el artículo 3 de la Ley 44 de 1995, permite el funcionamiento de empresas privadas de colocación, el cual señala a la letra que:

"Artículo 22.- Se permite la constitución y funcionamiento de agencias privadas de colocación de empleados, con o sin fines de lucro, siempre que no le cobren emolumento alguno al trabajador que solicita sus servicios.

El Órgano Ejecutivo reglamentará el funcionamiento de estas agencias, tomando en consideración los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Las universidades, los colegios profesionales y técnicos, al igual que la Fundación del Trabajo, podrán crear, sin fines de lucro, bolsas de colocación que fomenten el empleo de futuros profesionales. Estas bolsas tendrán especial atención en la colocación de graduandos, para facilitarles la práctica profesional y técnica."

Por supuesto, nuestra legislación admite la contratación de forma directa entre trabajador y empleador (artículo 27), al igual que se salvaguardan las cláusulas sobre contratación pactadas en convenciones colectivas (artículo 28).

De lo dispuesto en los artículos del CT que regulan las agencias privadas de empleo, se desprende que el legislador patrio se refiere, primordialmente, a la función de intermediación o puesta de contacto de la oferta y la demanda de trabajo, descrita en el literal "a", ordinal 1, artículo 1 del Convenio 181 de la OIT. De este modo, la participación del intermediario tiene lugar con anterioridad al surgimiento, constitución o vigencia de la relación laboral entre empleador y trabajador, actuando la agencia como un facilitador para que nazca la relación de trabajo.

Pues bien, en nuestro medio, tal como sucede en muchos otros países, la agencia de colocación ofrece, entre sus servicios, el *outsourcing* a través del suministro de mano de obra, la cual es contratada directamente por la agencia de colocación. A nivel internacional se acuña la frase "empresa de trabajo temporal" (ETT) como calificativo

para este tipo de gestión. Aunque esta faceta no es abordada directamente por nuestro CT, está contemplada expresamente en el artículo 1 del Convenio 181 de la OIT que, al ser ratificado por Panamá, también es parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico.

El Profesor Garikoitz Otazua, al mencionar las diversas formas de flexibilidad laboral referidas a la fluctuación numérica de trabajadores con intervención de personal sin relación laboral con la empresa, incluye a las empresas de trabajo temporal y señala que se denominan así a las empresas cuya actividad consiste en la contratación de trabajadores para ponerlos temporalmente a disposición de otras empresas. Entre la empresa usuaria y la ETT se establece una relación mercantil, lo que permite a aquella reducir costes salariales (relacionados con la promoción, la antigüedad, etc.), así como costes de formación que quedan a cargo de la ETT. La ETT y el trabajador están vinculados por contrato laboral (en la práctica de carácter temporal para el caso español). La empresa usuaria, por su parte, tiene potestad para planificar, organizar y dirigir la actividad laboral del trabajador³⁰.

Oscar Ermida Uriarte y Alejandro Castello³¹ definen la empresa de trabajo temporal como aquella que se dedica a colocar trabajadores en otra (generalmente denominada 'usuaria'), para atender necesidades temporales de ésta y asumiendo el pago de los créditos laborales que se generen. Para los destacados juristas uruguayos,

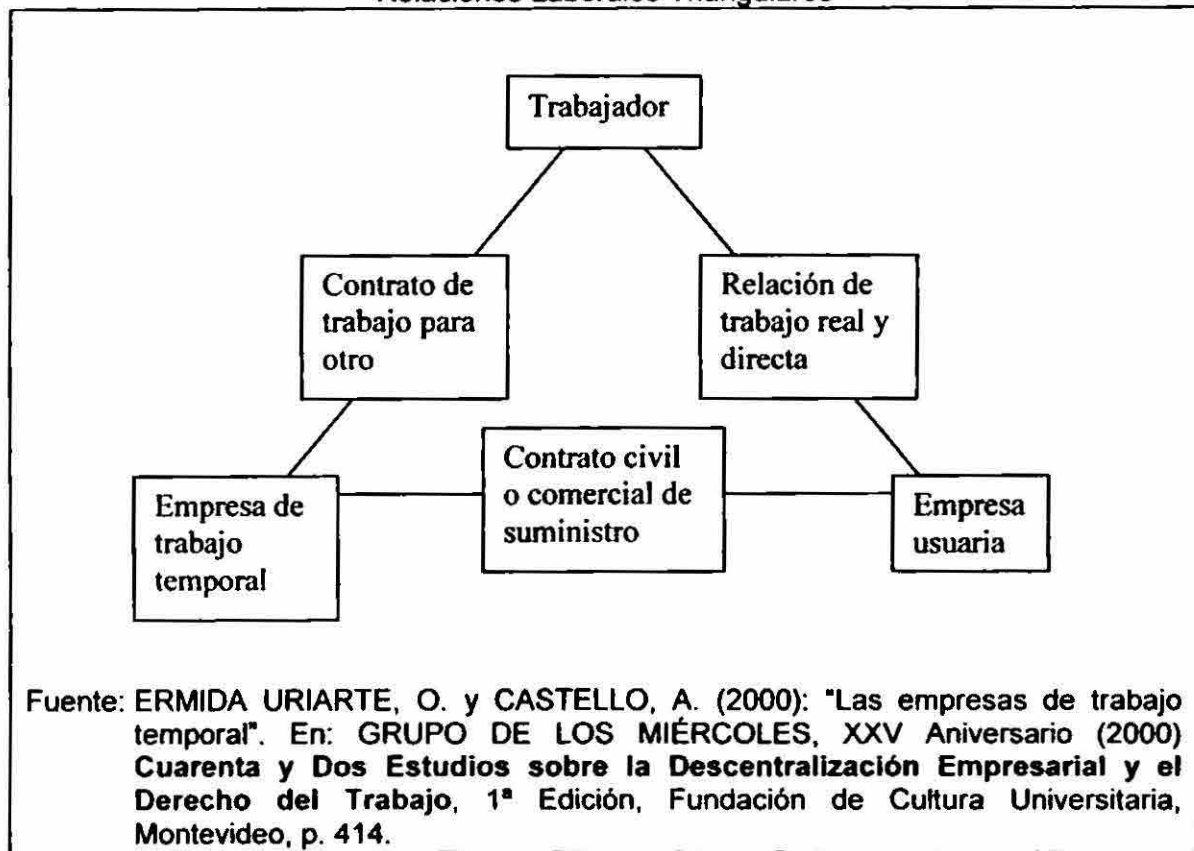
³⁰ Comenta el Profesor Otazua que la legislación española ha demostrado ser muy flexible y favorable a los intereses empresariales, toda vez que no garantiza la equiparación salarial entre los trabajadores que se encuentren en planilla de la empresa que contrata los servicios de la ETT, y los empleados de esta última, que desempeñen idénticas funciones. Debido a lo anterior, las remuneraciones de los trabajadores de las ETT han resultado considerablemente inferiores a las pactadas en convenios colectivos de los sectores que usualmente recurren a los servicios de las ETT, v. gr., la industria siderúrgica, el sector hotelero, la construcción y las empresas de limpieza.

Véase OTAZUA GARMENDIA, G. (1998): p. 79.

³¹ ERMIDA URIARTE, O. y CASTELLO, A. (2000): "Las empresas de trabajo temporal". En: GRUPO DE LOS MIÉRCOLES, XXV Aniversario (2000) Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo, 1ª Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, p. 414.

el suministro de mano de obra temporal importa una suerte de triangulación de la relación laboral, descrita incluso gráficamente por estos autores (ver Cuadro 1), por lo cual el resultado es la intermediación, no solamente al momento de hacer contacto la oferta (trabajador) y la demanda de trabajo (empleador), sino durante la vigencia de la relación laboral que se llega a entablar entre el trabajador y la empresa de trabajo temporal.

Cuadro 1
Relaciones Laborales Triangulares



Según el diagrama, se da, en primer término, un contrato de suministro de mano de obra (con carácter civil o comercial) entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria. En el vértice superior del triángulo está el trabajador, quien es parte integrante de una relación de trabajo formalizada en un contrato con la empresa de

trabajo temporal, pero presta sus servicios a la empresa usuaria. En este contexto, quien recibe la prestación de servicios del trabajador es una empresa distinta de su empleador y que, no obstante, será la que imparta instrucciones y órdenes al trabajador en forma cotidiana.

Somos del criterio que este tipo de relación triangular se encuentra regulada en nuestra legislación por vía del Convenio No. 181 de 1997 de la OIT, sobre las agencias de empleo privadas ya que, como se ha mencionado, el propio convenio establece en su artículo primero como actividad objeto de su regulación el emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona. En vista de ello, se regula en Panamá el servicio de colocación, que se agota cuando se coloca al trabajador en un empleo, sin que permanezca en modo alguno vinculación con él, así como también, la empresa de trabajo temporal, que asume las obligaciones y riesgos que incumben a todo empleador, respecto del trabajador puesto al servicio de la empresa cliente.

Pasando al análisis de las legislaciones nacionales que se encargan de regular las agencias de empleo, en el Derecho Laboral de España, el Real Decreto-Ley 18/1993 (desarrollado por el Real Decreto 2317/1993) -en búsqueda de lograr una inserción más ágil al mercado laboral- hace posible la existencia de agencias privadas de colocación sin fines de lucro y regula la actividad de las empresas de trabajo temporal, eliminando la obligación por parte del empresario de utilizar el servicio público de empleo.

Cabe mencionar también el caso de Perú, al cual deseamos hacer referencia en detalle, ya que ha sido escenario de reformas laborales profundas con miras a fomentar el empleo. El artículo 32 de la Ley 24514 de 4 de junio de 1986 prohibía la prestación por terceros de empleos permanentes en una empresa principal, exceptuando a los trabajadores permanentes de empresas prestadoras de servicios en actividades complementarias, tales como, mantenimiento, limpieza, vigilancia y seguridad. La

violación a este precepto legal daba como resultado la consideración del trabajador como empleado de la empresa principal y el surgimiento de la obligación por parte de ésta del reconocimiento de estabilidad y antigüedad.

Esta situación cambió radicalmente con el Decreto Legislativo núm. 728 de 1991, la denominada Ley de Fomento del Empleo, que rompió con la tendencia existente y otorgó regulación legal a las empresas de servicios temporales y de servicios complementarios. Es así que dichas empresas logran ser autorizadas para contratar con un tercero (empresa principal o beneficiaria) la prestación temporal de sus servicios con sus trabajadores de planta. Ahora bien, el texto originario del Decreto Legislativo núm. 728³², en su artículo 177, señalaba que la cantidad de trabajadores de la empresa de servicios temporales no podía exceder del 20 por ciento de la planilla de la empresa usuaria. Posteriormente, el Decreto Supremo núm. 002-97-TR, por el que se aprueba la Ley de Formación y Promoción Laboral, elevó la cantidad de trabajadores al 50 por ciento.

La legislación peruana presenta dos tipos de empresas de trabajo temporal, las empresas de servicios temporales y empresas de servicios complementarios, ambas definidas en los artículos 165 y 172 de la Ley núm. 26513 de 27 de julio de 1995, por la cual se modifica la Ley de Fomento del Empleo:

“Artículo 165. Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.

(...)

Artículo 172. Se consideran empresas de servicios complementarios a aquellas cuya actividad principal es la de poner a disposición de otras empresas, las que en adelante se denominarán empresas usuarias, actividades

³² Con la reforma laboral de 1996, esta ley fue separada en dos textos: la Ley de Formación y Promoción Laboral y la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, ambas contenidas en el DLg. 855 de ese año.

complementarias de mantenimiento limpieza vigilancia seguridad y otras de carácter especializado

Se consideran actividades complementarias de carácter especializado aquellas que no están comprendidas en las actividades principales que realiza la empresa usuaria y que para que su ejecución requieren de personal altamente calificado

Observamos así que en Peru existe una clasificación legal en función del tipo de servicios que ofrecen las agencias de empleo privadas Aunque en principio resulta atinada la diferenciación entre servicios temporales y servicios complementarios consideramos que la misma no está exenta de dificultades en cuanto a su aplicación En la práctica los llamados servicios complementarios pueden ser requeridos por una empresa de modo temporal con lo cual pueden llegar a confundirse los conceptos planteados en la legislación peruana

En Colombia la Ley num 50 de 28 de diciembre de 1990³³ que introduce reformas al Código Sustantivo de Trabajo regula ampliamente las empresas de servicios temporales en sus artículos 71 a 94 La definición de las mismas se ubica en el artículo 71 el cual señala a la letra

Art 71 Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades mediante la labor desarrollada por personas naturales contratadas directamente por la empresa de servicios temporales la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador

La normativa contenida en la legislación colombiana divide a los trabajadores al servicio de dichas empresas en trabajadores de planta –los que desarrollan su actividad en las dependencias de las empresas de servicios temporales y trabajadores en misión –aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos dispone las circunstancias

³³ Véase <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/21646/64829/S90COL01.htm#a71> Consultado el 20 de junio de 2006

en las cuales puede darse este tipo de contratación, así como también, la mecánica de autorización para funcionar y fiscalización por parte del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

En Argentina, La Ley Nacional de Empleo³⁴ -Ley núm. 24013, de 5 de diciembre de 1991- contiene disposiciones sobre las denominadas "empresas de servicios eventuales", insertas en el Título sobre promoción y defensa del empleo, y dispone que los trabajadores contratados por ellas, podrán serlo con carácter permanente continuo o discontinuo. No obstante, se establece la responsabilidad solidaria por parte del patrón que ocupe trabajadores a través de las empresas de servicios eventuales por sus obligaciones laborales. Cabe destacar que, en Argentina, las empresas de servicios eventuales están obligadas a caucionar una suma de dinero o valores además de una fianza o garantía real con el fin de asegurar el pago de las obligaciones en las que puedan incurrir en el ejercicio de su actividad.

En los Estados Unidos de América, las empresas proveedoras del servicio de suministro de mano de obra se designan actualmente como "*professional employer organizations, PEO's*", cuya traducción textual al español sería "organizaciones empleadoras profesionales", las cuales reconocen su origen en las "*staffing firms*" y las "*leasing organizations*", encontrándose afiliadas en los EEUU a la *National Association of Professional Employer Organizations (NAPEO)*³⁵. El Profesor Guillermo Edelberg define a la 'organización empleadora profesional' como "una organización que toma a su cargo, con un enfoque integrado y a un costo efectivo, tanto la gerencia y administración de los recursos humanos como los riesgos de un empleador. La PEO asume los derechos, responsabilidades y riesgos de un empleador por medio de un

³⁴ Véase <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WBTEXT/26593/64838/S91ARG01.htm#TITULOIII>. Consultado el 20 de junio de 2006.

³⁵ EDELBERG, G. (2003): p. 22.

contrato y establece y mantiene una relación de empleador con los trabajadores asignados a sus clientes.³⁶

Las empresas empleadoras profesionales desarrollan diversas actividades, como parte sus servicios, cuales son: asignación de los trabajadores a las sedes de sus clientes, por quienes asumen las responsabilidades propias de un empleador; ejercicio del derecho de dirección y control de los empleados; pago de salarios de los trabajadores por medio de fondos propios; reporte, recaudación, depósito y pago de los impuestos exigidos por las autoridades y la legislación laboral; mantenimiento, en relación con los empleados, de una relación laboral, la cual es de largo plazo y no de carácter temporal; y conservación del derecho de contratar, reasignar y despedir al personal.³⁷

Una característica relevante acerca de los trabajadores que acceden a este tipo de relaciones laborales triangulares había sido, en general, su baja calificación. Por ello, se solía ver al servicio de colocación temporal como una solución para los jóvenes y para personas que no cuentan con una preparación académica completa a nivel universitario, representando así para el sector trabajador una herramienta valiosa de acceso al mercado de trabajo. No obstante, las ETT han llegado a ser en países desarrollados

³⁶ EDELBERG, G. (2003): p. 22.

³⁷ Descrito por un directivo de una PEO, el interesante *modus operandi* de las mismas es el siguiente: "(...) Agrupamos a los trabajadores en tres categorías distintas, a saber: a) los que llamamos 'trabajadores en el lugar de trabajo', es decir, aquellos que son los empleados de nuestros clientes; b) los que se desempeñan en nuestra empresa, quienes trabajan en un *call center* o en un centro de operaciones; y c) los 'generalistas' en recursos humanos y los gerentes, quienes están en la 'calle'. Por ejemplo: cuando en un lugar de trabajo o en lo de un cliente se presenta un problema, como ser un despido difícil o una necesidad de entrenamiento, la gente que está en la 'calle' se dirige al lugar donde se necesitan sus servicios y soluciona el problema. El concepto de una PEO es similar a la infraestructura de recursos humanos de una empresa muy grande, donde cuentan con una oficina de recursos humanos tanto en la sede central como en otras sedes importantes y todas con especialistas de distinto tipo. En general, el cliente se hace cargo de las actividades diarias y nosotros, de los aspectos de recursos humanos relacionados con la relación laboral. De esta manera la relación entre el empleador en el lugar de trabajo y sus empleados continúa como antes, a la vez que nosotros aportamos, desde el punto de vista de la relación laboral o de recursos humanos, nuestros productos o servicios." EDELBERG, G. (2003): p. 24.

como Holanda la vía de uso generalizado para la contratación de personal. Dada la conveniencia que representa la concurrencia de oferta y demanda de trabajo canalizada a través del servicio de selección de personal que ofrecen las ETT reclutan personal permanente o eventual tanto en categoría profesional como de servicios generales.

El Derecho del Trabajo se ha inclinado clásicamente por el contrato de trabajo de carácter indefinido permitiendo recurrir al empleador el recurso al trabajo temporal para enfrentar crecimientos muy específicos y puntuales en el ejercicio de su actividad económica así como también sustituir a trabajadores indefinidos en sus ausencias (licencias por maternidad o por estudios, incapacidades prolongadas, etc.). Ello no resulta ajeno a las agencias o empresas de trabajo temporal. Sin embargo, la tónica existente es que los cambios del mercado se suceden con tal rapidez que las bajas o altas en las necesidades de la producción han volcado a los empresarios a echar mano del *outsourcing* de modo continuado.

Ahora bien, podemos anotar que en muchas ocasiones el carácter de temporalidad se da solamente entre la empresa usuaria y el trabajador, no así entre el trabajador y la ETT. Este es el caso común del suministro de mano de obra a los hoteles. Las empresas de colocación y trabajo temporal tienen con frecuencia una plantilla permanente de trabajadores que rotan en los diversos hoteles a los que prestan servicios de acuerdo con las necesidades y niveles de ocupación de estos. De esta forma, el servicio de suministro de mano de obra se ha convertido rápidamente en un recurso muy utilizado ya que a través del mismo el empresario logra compaginar la disponibilidad de personal con la demanda fluctuante de productos y servicios por parte de sus consumidores. Por parte de los trabajadores consideramos que la situación resultante es favorable a sus intereses ya que logran acceder a una fuente de empleo permanente a través de la empresa de colocación.

C. COOPERATIVAS DE TRABAJO Y COOPERATIVAS DE PRODUCCIÓN

Las cooperativas juegan un papel importantísimo al abordar el tema de la descentralización empresarial, por cuanto constituyen un mecanismo muy utilizado por el sector empresarial para obtener la prestación de servicios o productos requeridos. Por parte de sector obrero, dadas las elevadas tasas de desempleo reinantes en toda la región, el cooperativismo se ha convertido en una popular fórmula que permite a los asociados organizarse para alcanzar objetivos claramente delimitados, que deben permitir, a la postre, elevar el nivel de vida de los miembros de la entidad cooperativa.

En nuestro país, la Ley No. 17 de 1 de mayo de 1997, que contiene el Régimen Especial de las Cooperativas, enuncia una definición de "cooperativa" y deja sentada la política de Estado en cuanto al tema, en extensión de lo dispuesto en la CP, artículo 283, el cual dispone que el Estado debe fomentar la creación de cooperativas. Dicha norma establece que las cooperativas constituyen asociaciones de utilidad pública, de interés social y de Derecho privado, considerando el cooperativismo como un sistema eficaz para contribuir al desarrollo económico, al fortalecimiento de la democracia, a la equitativa distribución de la riqueza y del ingreso, a la racionalización de las actividades económicas y a facilitar tarifas, tasas, costos y precios, a favor de la comunidad.

Las cooperativas son, pues, asociaciones de personas que hacen aportaciones de diversos tipos para el logro de un fin común. Existen diversos tipos de cooperativas, de acuerdo con su finalidad. De esta forma, podemos hablar de cooperativas de ahorro y crédito, de consumo, de transporte y de trabajo, entre otras. Para efectos del presente estudio, nos interesa resaltar la última clase. Cooperativa de trabajo es aquella que tiene por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo.

La Ley 17 de 1997 fue reglamentada por el Decreto Ejecutivo No. 39 de 22 de octubre de 1998. El artículo 12 de dicho Decreto Ejecutivo establece como fin u objetivo

de la cooperativa de trabajo agrupar a trabajadores para organizar en comun las tareas productivas por ejemplo poseer y administrar sus propios establecimientos productivos determinar las condiciones de trabajo y el pago global de los servicios que presten sus asociados y contratar temporalmente con terceras personas cualquier tipo de trabajo que esté dentro de su ramo

El régimen de trabajo social de las cooperativas de trabajo viene dado por los artículos 85 y 86 de la Ley No 17 de 1 de mayo de 1997

Artículo 85 Las relaciones de trabajo entre toda asociación cooperativa y sus trabajadores asociados o no se regirán por la legislación laboral existente excepto las cooperativas de trabajo

Artículo 86 En las cooperativas de trabajo asociado en que los asociados son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa el régimen de trabajo previsión seguridad social y compensación sera establecido en el estatuto y en el reglamento

Con anterioridad a la Ley 17 de 1997 este aspecto era regulado de forma diametralmente opuesta La Ley No 38 de 22 de octubre de 1980 establecia que los trabajadores asociados no eran considerados trabajadores por lo que sus relaciones estarían regidas por el Estatuto de la cooperativa Mientras tanto los trabajadores no asociados se regían por la ley laboral Sin embargo sucedía que las cooperativas rara vez llegaban a implementar estos estatutos Cuando se interponían demandas laborales lo fundamental era determinar la condición de asociado o no Si se llegaba a probar la condición de asociado al reclamante terminaba aplicándosele de todos modos la legislación laboral por no contar con un estatuto especial

La Ley No 17 de 1997 por una parte incorpora a los trabajadores asociados al amparo de la protección que brinda el Derecho del Trabajo Por otro lado tanto los trabajadores asociados como los no asociados de las cooperativas de trabajo resultan excluidos del alcance de la legislación laboral La diferenciación con respecto a las cooperativas de trabajo se hace precisamente en virtud del servicio que brinda la

cooperativa a sus asociados el cual es la ocupación a través de un trabajo. Por tanto la prestación que realiza el cooperativista en la cooperativa de trabajo constituye un acto cooperativo ya que tiende al cumplimiento del objeto social y a la consecución de los fines institucionales. Al ser idéntica la calidad del socio con la del trabajador el legislador entiende que no pueden coexistir ambas calidades jurídicas.

Dando un vistazo a la normativa internacional acerca del cooperativismo nos remitimos al contenido de la Recomendación Num 193 del 2002 de la OIT sobre la promoción de las cooperativas. En este instrumento se define el término cooperativa como una asociación autónoma de personas unidas voluntariamente para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales en común a través de una empresa de propiedad conjunta y de gestión democrática.

La antes mencionada recomendación visualiza a las cooperativas como formas fundamentales de organización para la consecución del desarrollo social en el marco de la mundialización y destaca la importancia de la elaboración de políticas nacionales dirigidas a fortalecer la institución del cooperativismo. El alcance de dichas políticas nacionales viene establecido en la Recomendación 193 y es del tenor siguiente:

8. 1) Las políticas nacionales deberían especialmente:

a) promover la aplicación de las normas fundamentales del trabajo de la OIT y de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo a todos los trabajadores de las cooperativas sin distinción alguna.

b) velar por que no se puedan crear o utilizar cooperativas para evadir la legislación del trabajo ni ello sirva para establecer relaciones de trabajo encubiertas y luchar contra las pseudo-cooperativas que violan los derechos de los trabajadores velando por que la legislación del trabajo se aplique en todas las empresas.

c) promover la igualdad de género en las cooperativas y en sus actividades.

d) promover la adopción de medidas para garantizar que se apliquen las mejores prácticas laborales en las cooperativas incluido el acceso a la información pertinente.

e) desarrollar las competencias técnicas y profesionales, las capacidades empresariales y de gestión, el conocimiento del potencial económico y las competencias generales en materia de política económica y social de los socios.

de los trabajadores y de los administradores, y mejorar su acceso a las tecnologías de la información y la comunicación;

f) promover la educación y la formación en materia de principios y prácticas cooperativas en todos los niveles apropiados de los sistemas nacionales de enseñanza y formación y en la sociedad en general;

g) promover la adopción de medidas relativas a la seguridad y salud en el lugar de trabajo;

h) proporcionar formación y otras formas de asistencia para mejorar el nivel de productividad y de competitividad de las cooperativas y la calidad de los bienes y servicios que producen;

i) facilitar el acceso de las cooperativas al crédito;

j) facilitar el acceso de las cooperativas a los mercados;

k) promover la difusión de la información sobre las cooperativas, y

l) tratar de mejorar las estadísticas nacionales sobre las cooperativas, con miras a su uso en la formulación y aplicación de políticas de desarrollo."

La OIT pretende, pues, que el cooperativismo cuente con un entorno que facilite el desarrollo de sus actividades, al igual que el de sus asociados, procurando a los trabajadores al servicio de las cooperativas adecuadas condiciones de trabajo, en consonancia con los principios y derechos proclamados como fundamentales por dicho organismo internacional.

Dando una mirada al Derecho Comparado, encontramos que, en Perú, se vislumbra el trabajo cooperativo como una forma de autoempleo o empleo autónomo, en donde los miembros no adquieren la calidad de empleados de la empresa usuaria, ni tampoco de la cooperativa de la que son socios.³⁸ Así, el Decreto Supremo 002-97-TR, por el cual se aprueba la Ley de Formación y Promoción Laboral, establece en su sección sobre promoción del empleo autónomo, la creación de cooperativas de trabajo y fomento del empleo y cooperativas de trabajo temporal conformadas por socios. Dicha regulación establece que el número de socios cooperativos prestadores de servicios no podrá superar el 50% del total de los trabajadores de la empresa usuaria.

³⁸ VEGA RUÍZ, M. (Edit.) (2001): *La reforma laboral en América Latina. Un análisis comparado*, Oficina Internacional del Trabajo, Lima, p. 30.

La legislación de Argentina al contrario de la peruana procura resguardar el adecuado uso de la figura de la cooperativa de trabajo cuyo espíritu es distinto al de las agencias de colocación. La Ley num 25877 de 2 de marzo de 2004 sobre Régimen Laboral contiene entre sus disposiciones una norma referente a las cooperativas de trabajo. El artículo 40 de la referida ley dispone que

ARTICULO 40 — Los servicios de inspección del trabajo están habilitados para ejercer el control de las cooperativas de trabajo a los efectos de verificar el cumplimiento de las normas laborales y de la seguridad social en relación con los trabajadores dependientes a su servicio así como a los socios de ella que se desempeñaren en fraude a la ley laboral

Estos últimos serán considerados trabajadores dependientes de la empresa usuaria para la cual presten servicios a los efectos de la aplicación de la legislación laboral y de la seguridad social

Si durante esas inspecciones se comprobare que se ha incurrido en una desnaturalización de la figura cooperativa con el propósito de sustraerse total o parcialmente a la aplicación de la legislación del trabajo denunciarán sin perjuicio del ejercicio de su facultad de constatar las infracciones a las normas laborales y proceder a su juzgamiento y sanción esa circunstancia a la autoridad específica de fiscalización pública a los efectos del artículo 101 y concordantes de la Ley N° 20 337

Las cooperativas de trabajo no podrán actuar como empresas de provisión de servicios eventuales ni de temporada ni de cualquier otro modo brindar servicios propios de las agencias de colocación

A la vez se establece en ese sistema jurídico sudamericano el deber de cumplir con lo preceptuado por la legislación en cuanto a prestaciones laborales y de seguridad social

D TRABAJO AUTÓNOMO EL FUNCIONAMIENTO DE LAS EMPRESAS UNIPERSONALES

Ligado al concepto de descentralización empresarial es obligante también hacer mención del trabajo independiente el cual en el fondo se identifica por contraposición al trabajo dependiente esto es por ausencia de los elementos que permiten calificar la relación como de carácter laboral ³⁹ Clásicamente se hace referencia al contrato de

³⁹ MURGAS TORRAZZA R y TORRES DE LEÓN V (2002) p 66

servicios profesionales para hacer alusión al aspecto contractual del trabajo autónomo o independiente. Dicho acuerdo puede ser celebrado por un prestador del servicio en la figura de una persona natural o jurídica; si bien, el trabajo autónomo suele relacionarse más con la prestación de un servicio que brinda una persona natural, sin que se den los presupuestos de una relación laboral.

Mediante el recurso al trabajo autónomo o independiente, se hace recaer en un tercero el abastecimiento de un producto terminado o un insumo para la producción, la prestación de un servicio o, en general, cualquier actividad o proceso. Esta situación, obviamente, no resulta novedosa a la luz del estudio que de las instituciones del Derecho del Trabajo se realiza. Por el contrario, el examen del fenómeno del trabajo independiente está estrechamente ligado con el estudio de las figuras y principios de nuestra disciplina. Por ello, muchas de las regulaciones que se han adoptado a lo largo de la historia del Derecho del Trabajo han descansado en el afán por parte del legislador de evitar las tan aludidas "huidas del Derecho del Trabajo" por vía de la simulación de la relación laboral bajo la forma del trabajo autónomo.

Ahora bien, atendiendo al aspecto subjetivo del trabajo autónomo en el marco de la descentralización empresarial o tercerización, partimos por destacar que, como su nombre lo indica, tercerización indica intervención de un tercero. Ello nos conduce a otro término que en la actualidad ha adquirido especial relevancia: "las empresas unipersonales prestadoras de servicios". El punto medular en este tipo de relación es la prestación del servicios "personales", en condiciones tales que no permiten la configuración de la subordinación jurídica y la dependencia económica como presupuestos de una relación laboral, muy parecido a la noción clásica de trabajo independiente a través del contrato de servicios profesionales.

En Panamá, se han dado avances a favor del trabajo independiente por medio de la desregulación, excluyendo algunas relaciones del ámbito de aplicación del Código de Trabajo. El artículo 238 del CT, reformado por la Ley No. 44 de 1995, establece que son trabajadores de la empresa a la que presten sus servicios, los agentes de comercio, los vendedores viajantes, impulsores y promotores de ventas, cobradores y otros similares, salvo que no ejecuten personalmente el trabajo o que únicamente intervengan en operaciones aisladas. Con la reforma de 1995 se eliminó del listado de trabajadores amparados por esta disposición a los agentes o corredores de seguros y, adicionalmente, el artículo 242, según fue reformado por la misma ley, dispone que "los corredores de seguros que coloquen pólizas para dos o más aseguradoras, con independencia del número de pólizas y/o del monto de las comisiones que por dichas pólizas perciban, los agentes de comercio, vendedores, viajantes, impulsores y promotores de ventas, cobradores y otros similares que trabajen para varias empresas, o que no estén sujetos a horarios de trabajo, o a registros de asistencia, no se considerarán trabajadores para todos los efectos legales." Señala la precitada norma en su último inciso que basta con que se dé cualquiera de los tres supuestos para que no se configure la relación de trabajo.

Así, nuestro CT contiene supuestos en los cuales, expresamente, se dispone el carácter no laboral de determinadas prestaciones personales de servicios, las cuales bien pueden quedar ubicadas en la categoría de trabajo autónomo, por medio de una empresa unipersonal.

Ello hace al tema de la informalidad un aspecto de referencia obligada ya que, en las economías urbanas hay una gran cantidad de personas que aparecen como trabajadores independientes, o como familiares, o manejan pequeñas empresas sin o con muy poco trabajado asalariado. Estos obreros y pequeños comerciantes

'trabajadores por cuenta propia' en total alcanzan un cuarto de la población urbana ocupada⁴⁰ y en general la remuneración que obtienen y las condiciones en que brindan sus servicios son sensiblemente inferiores a las de los trabajadores del sector formal

Otra desventaja importante con la que se enfrenta el trabajo autónomo radica en que a los independientes en general les resulta inaccesible la afiliación a las cámaras empresariales que otorgan orientación y protección a los agremiados en cuanto a eventuales reclamos que tengan así como también cumplen con una función de mercadeo y relaciones públicas que no puede soslayarse ya que a la postre este hecho puede llegar a tener una incidencia directa en el éxito económico empresarial

En efecto resulta de vital importancia para los gobiernos de la región el impulso a la microempresa con lo cual se busca introducir a los trabajadores autónomos a la economía formal con los efectos positivos para el microempresario de constituirse en sujeto tributario y sujeto de crédito. Además se plantea por parte de organismos internacionales como la OIT la necesidad de que se establezcan ciertas prerrogativas para este sector entre ellas la simplificación de procedimientos y trámites, orientación en cuanto a ampliación de mercado, así como también la inspección y fiscalización por parte del Estado con una inspiración pedagógica más que sancionadora.⁴¹

El trabajo autónomo ha sido incentivado en las legislaciones latinoamericanas como una alternativa para combatir el grave problema del desempleo. Un buen ejemplo de ello es la reforma laboral peruana que se concede un rol importante al trabajo autónomo como un mecanismo eficaz para la generación de nuevas fuentes de empleo lo cual se regula detalladamente en la Ley de Fomento al Empleo (Decreto legislativo

⁴⁰ PASCO COSMOPOLIS M (2003) "Protección social de los desempleados" En **XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social** Libro de Informes Generales Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Montevideo p. 253

⁴¹ Véase TOKMAN V (Dir.) (2001) **De la informalidad a la modernidad** OIT Santiago de Chile p. 107-115

num 728) Cabe destacar que dentro del Título V de dicha excerta sobre promoción del empleo artículos 137 a 144 se dedica un capítulo a la promoción del empleo autónomo

Establece la legislación peruana que las empresas y sus trabajadores dentro del marco del procedimiento de negociación colectiva o a través de la negociación individual con sus respectivos trabajadores podrán establecer programas de incentivos o ayudas que fomenten la constitución de nuevas empresas por parte de los trabajadores que en forma voluntaria optaran por extinguir su vínculo laboral (artículo 138) Por otra parte el artículo 139 del Decreto 728 contempla en relación con los procesos de privatización de empresas publicas la transferencia en propiedad a los trabajadores por medio de programas de accionariado como otra forma asociativa de producción

De acuerdo con lo planteado en este punto se puede concluir que el trabajo autonomo constituye otra de las formas en las que puede presentarse la tercerización o descentralización empresarial toda vez que el punto de partida del mismo resulta ser en muchas ocasiones la implementación de un proceso de reestructuración de personal que culmina con el achicamiento en tamaño del empleador y de otro lado el recurso al trabajo autónomo o las empresas unipersonales

E TELETRABAJO

Para el Profesor Ricardo Lachman Varela el teletrabajo es el que se realiza a distancia de las oficinas o instalaciones centrales de la parte contratante y sin necesidad de contacto personal pues la comunicación se lleva a cabo a través de la nueva tecnología en comunicaciones e informática⁴² En las condiciones antedichas el

⁴² LACHMAN VARELA R. (2002) El teletrabajo En LACHMAN VARELA R. (Comp) Contratos y regímenes especiales de trabajo I Edición Editorial Jurs Textos S A Panamá, pp 25 26

teletrabajo bien puede ostentar diversa naturaleza jurídica ya que podría ser considerado trabajo dependiente o trabajo autónomo dependiendo de las características específicas de la prestación de servicios y por ende de los grados de subordinación que se aprecien en la relación contractual

El teletrabajo de ser considerado como una relación laboral constituye una relación atípica donde la subordinación o dependencia económica pierden valor absoluto y la coordinación requerida por la nueva tecnología adquiere mayor relevancia⁴³ Se relaciona estrechamente con el fenómeno de la descentralización en primer lugar atendiendo al sentido lato del término descentralizar En segundo lugar porque el mismo puede llevarse a cabo en centros satélite excluidos de la plantilla de trabajadores que labora en las oficinas centrales

El Profesor estadounidense Mahlon Apgar presenta un concepto de teletrabajo dentro de la noción de centro de trabajo alternativo o CTA del cual existen diversas formas generalmente reconocidas Las distintas modalidades que suelen adoptarse comprenden desde hacer que empleados con turnos distintos compartan un mismo espacio de trabajo u oficina la sustitución de despachos individuales por oficinas abiertas hasta la adopción del concepto de hotel al marco empresarial el cual consiste en oficinas típicas con armarios y archivos móviles reservados por los empleados por horas días o semanas en lugar de asignar una oficina a un trabajador de modo permanente Para el Profesor Apgar el teletrabajo consiste en realizar el trabajo electrónicamente en cualquier lugar que elija el empleado mientras que las oficinas satélite son el resultado de dividir grandes instalaciones centralizadas en una red de pequeños centros de trabajo situados cerca de los clientes o en la casa de los empleados Por su parte la oficina en casa es otra opción que puede presentar a su

⁴³ LACHMAN VARELA R (2002) pp 27 28

vez muchas variaciones –algunas empresas permiten que los empleados trabajen a su discreción y por su cuenta mientras que otras proporcionan todo el equipo y soporte técnico ⁴⁴

En nuestra opinión tanto las oficinas satélite como la oficina en casa vienen a ser modalidades de teletrabajo

A la luz de la legislación nacional la concepción de la subordinación jurídica y la dependencia económica resulta insuficiente para regular en forma adecuada esta modalidad contractual. Pareciera dejarse entonces un margen demasiado amplio a la interpretación tanto al momento de darse la contratación como en el caso de que se presente posteriormente una reclamación de tipo laboral. Por un lado la actividad jurisdiccional puede causar que verdaderos trabajadores subordinados queden fuera del ámbito de protección del Derecho del Trabajo. Por otra parte habría mayor seguridad jurídica para el empresario al momento de realizar la contratación de conocerse más exactamente en materia de teletrabajo qué se considera o no relación laboral.

Al hablar de teletrabajo debe hacerse referencia al trabajo a domicilio ya que entre ambas modalidades puede existir una relación en lo que hace al lugar de la prestación del servicio. El trabajo a domicilio es () una modalidad de trabajo por cuenta ajena cuya principal peculiaridad consiste en que la prestación laboral no se cumple en un establecimiento bajo el control directo del empresario sino en la habitación del trabajador o en otro lugar de características análogas ⁴⁵. Constituye así una modalidad utilizada desde los orígenes del Derecho del Trabajo por lo que no resulta novedoso el debate acerca de si la misma debe o no ser objeto de protección.

⁴⁴ APGAR, M (1999) "El centro de trabajo alternativo. Cómo cambiar la forma y el lugar donde trabaja la gente. En *Harvard Business Review* dirigir personas en la empresa. Ediciones Deusto S.A. Bilbao pp 178-182.

⁴⁵ BARBAGELATA, H (1992) *Derecho del Trabajo* T. III 2 reimpresión. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo p. 85.

por parte de las normas laborales. Lejos de disiparse la discusión, la misma se ve reavivada por el auge del teletrabajo, que guarda muchas similitudes con el trabajo a domicilio.

En nuestro país, la Ley No. 1 de 17 de marzo de 1986, por la cual se dictan disposiciones laborales para promover el empleo y la productividad, y se adoptan otras normas, derogó los artículos 232 y 233 del CT, mediante los cuales se regulaba el trabajo a domicilio. En vista de ello, se excluyó expresamente de la legislación laboral panameña el trabajo ejecutado en el domicilio del trabajador o en otro sitio elegido por él. Siendo así, si se opta por equiparar el teletrabajo y el trabajo a domicilio, aquél resultaría ajeno igualmente al ámbito de aplicación del CT.

Con base en las concordancias existentes entre ambas figuras, nos referimos al contenido de la Recomendación de la OIT No. 184 de 1996 sobre el trabajo a domicilio, en donde se describen las condiciones esenciales de la modalidad, entendiendo la misma como inmersa en el ámbito de las relaciones laborales.

I. Definiciones y campo de aplicación

1. A los efectos de la presente Recomendación:

- a) la expresión trabajo a domicilio significa el trabajo que una persona designada como trabajador a domicilio realiza:
 - i) en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador;
 - ii) a cambio de una remuneración;
 - iii) con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales;
- b) una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará trabajador a domicilio a los efectos de la presente Recomendación por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual;
- c) la palabra empleador significa toda persona física o jurídica que, de modo directo o por conducto de un intermediario, esté o no prevista esta figura en la legislación nacional, da trabajo a domicilio por cuenta de su empresa.

La Recomendación 184 alude además a otros tópicos de innegable relevancia como las medidas de supervisión y control por parte del Estado sugiriendo el registro ante las autoridades gubernamentales de los empleadores que recurren a esta forma de contratación así como también dentro de cada empresa se sugiere contar con un listado de todos los trabajadores a domicilio. A su vez de cada uno de estos trabajadores se recomienda llevar un registro acerca de sus condiciones de trabajo. Se abarca también el tema de la edad mínima de entrada al trabajo el derecho a sindicación y negociación colectiva tasas de remuneración en las cuales se incluya la compensación por los gastos propios de esta modalidad (haciendo mención expresa de los gastos relacionados con el trabajo como los relativos al consumo de energía y de agua las comunicaciones y el mantenimiento de máquinas y equipos así como también por el tiempo dedicado al mantenimiento al cambio de herramientas a la clasificación al embalaje y desembalaje y a otras operaciones similares). Se recomienda que los pagos se den a intervalos regulares que no excedan de un mes. Con respecto a la utilización de la figura del intermediario la recomendación puntualiza que se le debería considerar solidariamente responsable con el empleador del pago de la remuneración debida al trabajador a domicilio de conformidad con la legislación y la práctica nacionales.

La Recomendación 184 aborda los aspectos de seguridad social y salud en el trabajo obligaciones de los trabajadores jornada laboral periodos de descanso y licencias terminación de la relación de trabajo y enumera interesantes medidas que podrían adoptarse a nivel local como parte de un programa sobre el trabajo a domicilio ⁴⁶

⁴⁶ "XII Programas relativos al trabajo a domicilio"

La OIT exhorta a sus miembros mediante este instrumento a tomar medidas para regular el trabajo a domicilio bajo su consideración como relación laboral sujeta al cumplimiento de las medidas que ello implica por parte de los empleadores

Como se ha visto el trabajo a domicilio se encuentra excluido de la aplicación de nuestra normativa laboral. Empero la Recomendación 184 de OIT resulta más que ilustrativa para efectos de mostrar cómo podría regularse el teletrabajo cuando por sus características sea procedente considerarlo dentro del marco de una relación laboral

En la práctica aunque el teletrabajo resulta ser con frecuencia una exclusión de la relación de trabajo –basada en este caso en el lugar de trabajo- según apunta José Luis Daza no se encuentran definiciones legales de teletrabajo o exclusiones expresas desde la perspectiva de la legislación laboral general ⁴⁷ Luego entonces consideramos

29 1) Todo Miembro actuando en colaboración con las organizaciones de empleadores y de trabajadores debería promover y apoyar programas que

- a) informen a los trabajadores a domicilio acerca de sus derechos y de los tipos de asistencia que pueden recibir
 - b) contribuyan a concienciar a las organizaciones de empleadores y de trabajadores a las organizaciones no gubernamentales y al público en general respecto de las cuestiones relacionadas con el trabajo a domicilio
 - c) faciliten la organización de los trabajadores a domicilio en las organizaciones que escojan incluidas las cooperativas
 - d) proporcionen a los trabajadores a domicilio una formación que les permita mejorar su grado de calificación (incluidas las calificaciones no tradicionales y su aptitud para dirigir y negociar) y su productividad así como ampliar sus posibilidades de empleo y su capacidad para obtener ingresos
 - e) ofrezcan una formación lo más cercana posible al domicilio del trabajador y que no requiera la posesión de calificaciones innecesarias
 - f) mejoren la seguridad y la salud de los trabajadores a domicilio por ejemplo facilitando su acceso a equipos herramientas materias primas y otros materiales indispensables que sean seguros y de buena calidad
 - g) faciliten la creación de centros y redes de trabajadores a domicilio para proporcionarles información y servicios y disminuir su aislamiento
 - h) faciliten el acceso al crédito a mejores condiciones de vivienda y al cuidado de los niños
 - i) contribuyan al reconocimiento del trabajo a domicilio como una experiencia laboral válida
- 2) Debería garantizarse que los trabajadores a domicilio de las zonas rurales tengan acceso a estos programas
- 3) Deberían adoptarse programas específicos destinados a erradicar el trabajo infantil en el ámbito del trabajo a domicilio

⁴⁷ DAZA J L (2005) *Informal economy undeclared work and labour administration* Departamento de Diálogo Social Legislación Laboral y Administración del Trabajo OIT Paper No 9 Ginebra, <http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifdial/downloads/informal.pdf> 18 de enero de 2006 p 22

que el teletrabajo debe entrar a formar parte en nuestro sistema jurídico de aquellas modalidades que requieren un tratamiento especial por parte del legislador

Por lo anteriormente planteado se observa que la utilización de esta modalidad en la ocupación basada en el uso de la tecnología podría terminar por contribuir a la propagación del trabajo informal. Al no poder ajustarse a la concepción tradicional de subordinación jurídica como elemento delimitador de la relación de trabajo el teletrabajador suele quedar excluido de la protección del Derecho Laboral. Es por ello que se emplean frases tan resonantes como el discreto retorno del arrendamiento de servicios⁴⁸ para hacer referencia al teletrabajo.

Una realidad distinta se observa en la Unión Europea en donde se cuenta con definiciones que expresamente ubican al teletrabajo en el marco de la relación laboral y además se incluye al delimitarlo un elemento muy importante que viene a ser el carácter de regulandad en la prestación del servicio. En el Acuerdo Marco de la Unión Europea del 16 de julio del 2002 el teletrabajo es una forma de organizar y llevar a cabo el trabajo utilizando la tecnología de la informática en el contexto de una relación sujeta a un contrato de trabajo en donde las labores las cuales también pudieran ser ejecutadas de acuerdo con las premisas del empleador son llevadas a cabo al margen de dichas premisas de modo regular.

A todas luces otro tema complejo al abordar el teletrabajo es la aplicación de normas sobre seguridad, higiene y comodidad en la prestación de las tareas. Generalizadas son las reglamentaciones que puntualizan las condiciones estructurales de los locales de trabajo, refinándose a aspectos como superficie y ubicación, materiales de construcción, anchura de los pasillos, escaleras, plataformas de trabajo, accesos, ventilación, iluminación, seguridad en caso de siniestros o emergencias. Es

⁴⁸ MARTÍN VALVERDE A (1989) En VASQUEZ VIALARD A (1998) p 34

evidente que en el teletrabajo –sobre todo el teletrabajo a domicilio- muy difícilmente puede lograrse el cumplimiento de siquiera las medidas básicas en este sentido

Otra de las críticas que comunmente se plantea en cuanto al teletrabajo alude a las relaciones humanas ya que se dice que se margina a esta categoría de trabajadores del resto de la empresa. Se plantea también la posibilidad de que surjan conflictos entre el estilo de trabajo y el ritmo de la vida familiar y social o bien resulta complicado alcanzar una compaginación adecuada entre tiempo de trabajo y tiempo libre

Con respecto al relacionamiento laboral se argumenta que el teletrabajo socava el trabajo en equipo y la cohesión de la empresa. No obstante para el Profesor Mahlon Apgar esto es un mito. En su opinión al contrario es posible crear y mejorar ambos solo que de una manera poco tradicional ya que cuando se trabaja electrónicamente la aportación se evalúa por su contenido más que por la apariencia una calidad igualitaria y objetiva que a menudo no se ve en el centro de trabajo convencional. Y las relaciones se enriquecen cuando el directivo utiliza tiempo cara a cara para centrarse en cuestiones personales en lugar de en las tareas del trabajo ⁴⁹

La importancia de un estudio profundo acerca del teletrabajo resulta insoslayable. Ya en 1999 se estimaba que entre 30 y 40 millones de estadounidenses trabajaban lejos de su empresa o con base en su casa ⁵⁰. La tendencia es hacia el aumento de la utilización del teletrabajo dadas las ventajas que se reportan por el uso de este recurso. Analizando el aspecto funcional del teletrabajo en la realidad estadounidense se dice que el mismo suele complementar al centro de trabajo tradicional en lugar de sustituirlo. No obstante en empresas como IBM los teletrabajadores constituyen una unidad

⁴⁹ APGAR, M (1999) p 212

⁵⁰ APGAR, M (1999) p 177

empresarial completa. Muestra de ello es que toda la fuerza de ventas de esta empresa en EEUU puede operar sin depender un centro de trabajo tradicional⁵¹

En este sentido todo lo relacionado con el resultado de la implementación del teletrabajo resulta en gran medida experimental. Aun así, desde la perspectiva empresarial, fijar unos objetivos claros desde un principio y llegar a un acuerdo sobre la forma de supervisar el progreso y evaluar el rendimiento es fundamental para el éxito de todo proyecto de CTA⁵². Resulta pues inminente la necesidad de brindar a los teletrabajadores un marco legal adecuado a las especialísimas características de esta prestación de servicios, así como también crear mecanismos para que los empresarios utilicen esta modalidad contractual de modo económicamente rentable y socialmente responsable.

F FILIALIZACIÓN

La filialización es una estrategia empresarial que consiste en crear una sociedad filial que atienda una concreta rama o sector de la actividad de la sociedad matriz, con la independencia y autonomía derivada de la personalidad jurídica diferenciada, pero a la que, por regla de principio, le resulta aplicable la noción de grupo de empresas.⁵³

⁵¹ En IBM, para 1999, más de 12 500 empleados habían abandonado el espacio de trabajo reservado para ellos, y otros 13 000 tenían movilidad de acción. IBM puso en práctica iniciativas de movilidad que han afectado a 15 000 empleados en Asia, Europa y Latinoamérica. Los resultados de la implementación de la nueva organización del trabajo se tradujeron en la reducción en un 42% de los costos en locales y comunicación –de 5 700 millones de dólares en 1992 a 3 300 millones en 1999. Asimismo, el ahorro en gastos inmobiliarios alcanzó los 1 000 millones de dólares. Paralelo a este fenómeno coadyuva al desarrollo del nuevo sistema productivo el hecho de que la tecnología móvil está bajando cada día, al tiempo que el coste de los inmuebles continúa en ascenso.

APGAR, M. (1999) pp. 194-195.

⁵² APGAR, M. (1999) p. 202.

⁵³ BELTRÁN MIRALLES, S. (1999). En GARMENDIA ARIGÓN, M. (2000). Filialización. En GRUPO DE LOS MIERCOLES XXV Aniversario (2000). Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. 1 Edición. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo. p. 205.

Por su parte la denominación empresa transnacional se emplea para identificar las formas asociativas de la internacionalización del capital ⁵⁴ Aunque en la doctrina se barajan diversas calificaciones de empresas multinacionales atendiendo a diversos criterios de clasificación –por ejemplo origen en una normativa de tipo internacional o existencia de intereses en más de un país se atiende en este estudio para efectos del análisis de las relaciones laborales a la conceptualización que desde el punto de vista económico se refiere a las transnacionales como las empresas que tienen la propiedad o el control de instalaciones productivas en más de un país ⁵⁵

El tema de las empresas multinacionales no resulta novedoso Por el contrario ésta es una figura que desde hace décadas viene adoptando la gran industria así como también el sector servicios o terciario Lo que sí resulta interesante a los efectos de la presente investigación es el reacomodo geográfico que se observa en las transnacionales con el objetivo de aprovechar ventajas en materia de recursos naturales y humanos disminuir los costos de producción y de transporte ⁵⁶ Es así que el desarrollo estratégico de la actividad multinacional del sector empresarial se presenta en estrecha vinculación con factores de orden tecnológico en cuanto a la producción y las telecomunicaciones

Por ello aunado al desarrollo de la tecnología con el consecuente y comunmente denominado achicamiento del orbe se observa un fenómeno interesante A diferencia de otras épocas en donde una empresa del sector secundario o terciario se desplazaba a otros países o bien a otras regiones dentro del mismo país con vista de que en la

⁵⁴ NADAL VIGNOLO S (1983) *La empresa transnacional en el marco laboral*, Ediciones Cultura Hispánica del Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid p 31

⁵⁵ NADAL VIGNOLO S (1983) pp 30 31

⁵⁶ ROMERO-PÉREZ J (2002) *Derecho y globalización las relaciones del Derecho con el fenómeno de la globalización es decir la consolidación del globalismo jurídico (global law)* En *Revista de Ciencias Jurídicas* No 98 Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Colegio de Abogados San José p 130

nueva localidad se ofrecían mejores condiciones para su gestión administrativa y desarrollo de actividades ocurre el fenómeno inverso las empresas de países desarrollados mudan operaciones a otras regiones o países en no pocas ocasiones con un menor grado de desarrollo pero que ofrecen la posibilidad de producir bienes o servicios con tecnología de punta para luego ser comercializados internacionalmente

Un ejemplo que refleja las consecuencias de continuados conflictos de orden laboral se aprecia en la mudanza de la empresa Hoover que cerró sus puertas en Francia para trasladarse a Inglaterra en la búsqueda de un clima sindical laboral más favorable Por otro lado la aerolínea Swiss Air a fin de aumentar la productividad y reducir los costos trasladó su centro de cómputo y administración de Zúrich a Bombay⁵⁷

Según apunta Vasco Torres De León la gran empresa como modelo paradigmático del éxito empresarial ha venido evolucionando hacia organizaciones empresariales más ágiles y dinámicas potenciando una progresiva desburocratización con su consecuente achicamiento Las grandes transnacionales sin renunciar a su diseño extra territorial introducen cambios en la organización y tamaño de sus filiales de modo que aun cuando logran reducirse de tamaño siguen produciendo a un ritmo creciente⁵⁸

Otra tendencia que se observa frecuentemente en las transnacionales es el vertiginoso movimiento del capital accionario por lo que a diario ocurren importantes operaciones de compra venta de acciones que dan lugar a absorciones de empresas por otras o fusiones de las cuales nacen nuevas entidades jurídicas A partir de estas

⁵⁷ VASQUEZ VIALARD A (1998) Desafíos actuales al Derecho del Trabajo En XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social T I Editora Sibauste S A Panamá, p 20

⁵⁸ TORRES DE LEÓN V (2002) Reflexiones en torno a la globalización y los nuevos retos para las relaciones laborales En Ier Congreso Nacional de Derecho del Trabajo 30 años de vigencia del Código de Trabajo de 1972 Editora Sibauste Panamá, p 57

operaciones se aprecian modificaciones de índole laboral para dotar a la empresa de una estructura más eficiente casi siempre acompañada de reducción de las plazas de trabajo

La actividad de las empresas multinacionales posee entonces una notoria incidencia en las condiciones laborales de quienes laboran para ellas fenómeno magnificado por el hecho de que las consecuencias se extienden a más de un Estado Ello no ha pasado inadvertido para la OIT Se ocupa de este tema la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social – adoptada por el Consejo de Administración de la OIT en 1977 y enmendada en el año 2000 la cual señala que dentro de lo que se entiende como empresas multinacionales para efectos de la Declaración figuran las empresas ya sean de dominio publico mixto o privado que son propietarias o controlan la producción la distribución los servicios u otras facilidades fuera del país en que tienen su sede

Se destaca del contenido de la Declaración la importancia del cumplimiento de la legislación nacional de cada país en el cual tengan operaciones estas empresas así como también el acatamiento de los parámetros establecidos en los instrumentos de Derecho Internacional del Trabajo adoptados sobre derechos humanos En cuanto a la planificación del funcionamiento de las transnacionales señala la Declaración que

Las empresas multinacionales deberían tener plenamente en cuenta los objetivos de la política general establecida en los países en que realicen sus operaciones Sus actividades deberían estar en armonía con las prioridades del desarrollo y con los objetivos y la estructura social del país en que realicen sus operaciones Con tal fin deberían celebrarse consultas entre las empresas multinacionales los gobiernos y siempre que sea apropiado las correspondientes organizaciones nacionales de empleadores y de trabajadores

La Declaración hace énfasis en la importancia de la concertación con las organizaciones de trabajadores en cuanto al tipo de contratación el cual debe estar en consonancia con las políticas de desarrollo social del gobierno local el uso de

tecnologías adecuadas y recomienda que la empresa transnacional contrate con empresas locales el abastecimiento de piezas insumos y servicios. Se consideran fundamentales las medidas que garanticen la igualdad de oportunidades y la capacitación profesional.

La Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales de la OIT abarca pues tópicos de vital trascendencia que aluden a la gran responsabilidad social que compete a las transnacionales. Adicionalmente se pone de resalto la importancia de que en los Estados donde las transnacionales se instalen existan adecuadas políticas de administración del trabajo y una diáfana comunicación entre los interlocutores sociales. Así en el marco de la descentralización empresarial vista desde el prisma multinacional por la internacionalización de operaciones consideramos que se impone en primer término el estricto cumplimiento de las normativas nacionales y por otra parte la necesidad de que los gobiernos locales se beneficien de la instalación de transnacionales no solamente a través de la generación de empleos sino por medio de la generación de empleos de calidad y procurando que se dé un genuino crecimiento económico y social.

G FRANQUICIA

Según la Asociación Alemana de *Franchising* la franquicia es un sistema de distribución utilizado por empresas legalmente independientes y con una organización vertical cooperativa basada en una relación contractual permanente. Esta organización aparece en el mercado con una forma uniforme y se caracteriza por un programa que divide las tareas entre las diferentes partes así como un sistema de instrucciones y de controles que aseguran el cumplimiento del sistema por el franquiciado.⁵⁹

⁵⁹ GADEA E y GOLDFLUS S (2000) "El contrato de *franchising*" En GRUPO DE LOS MIÉRCOLES XXV Aniversario (2000) Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización

La franquicia puede ser también calificada como un contrato de licencia de bienes inmateriales en el cual en principio la causa del contrato reside en la distribución del producto de acuerdo con técnicas y conocimientos desarrollados por la empresa franquiciadora. No obstante lo cual la posibilidad de controlar el comportamiento de los distribuidores queda a disposición del franquiciador. De este modo el empresario principal puede dirigir de múltiples modos la actuación del empresario subordinado.⁶⁰

La franquicia al igual de la filialización es una forma muy extendida de vieja data utilizada en el mercado mundial. Sin embargo comúnmente se hace alusión a esta figura cuando se habla de descentralización empresarial. Y es que en efecto la franquicia guarda mucha relación con la descentralización. Ello se debe a que la empresa madre que desea extender sus operaciones en lugar de encargarse personalmente del manejo de su negocio utiliza el reconocimiento y posicionamiento de su marca para la obtener ingresos de ella a cambio de entregar el *Know how* de su actividad comercial. Luego entonces diríamos que la base de la franquicia se encuentra en el reconocimiento de derechos de registro de la propiedad industrial.

La utilización de la franquicia importa grandes ventajas para el franquiciante dueño de la marca. Cuando se da a nivel internacional el dueño de la marca franquiciante evita el riesgo que representa la inversión en un país extranjero a la vez que se aprovechan los conocimientos y recursos de los inversionistas que deciden comprar una franquicia asumiendo los riesgos de incursionar en un nuevo negocio.

Ahora bien ¿en que se relaciona la franquicia con la descentralización empresarial? En atención a los efectos que en la práctica tiene la franquicia se puede

Empresarial y el Derecho del Trabajo 1 Edición Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo p 216

⁶⁰ TERRADILLOS ORMAETXEA E (2000) *La representación colectiva de los trabajadores en los grupos de empresas modernas fórmulas de regulación* 1 Edición Consejo Económico y Social, Colección Estudios Numero 98 Madrid p 123

afirmar que la figura de la franquicia se compadece con la noción de descentralización empresarial en su sentido amplio. Es decir, aunque lo que se produce en realidad no es un contrato de *outsourcing* o provisión de servicios, el franquiciante delega en un tercero el mismo tipo de actividades que su empresa realiza a cambio de una regalía previamente establecida por el uso de la franquicia o marca, eso sí, reteniendo el estricto control sobre todos los aspectos fundamentales de las operaciones. La peculiaridad de las franquicias es que, si bien son totalmente independientes de la empresa principal o franquiciante, las empresas franquiciadas se muestran al exterior como iguales. Por lo tanto, en lugar de ostentar la empresa una estructura única y compacta, se descentraliza o difumina la actividad comercial sobre la base de los derechos de propiedad industrial.

Las empresas que explotan franquicias no son sucursales, porque estas últimas corresponden a un mismo establecimiento en donde la personería laboral —la persona del empleador— resulta ser una sola. Por otra parte, la franquicia se diferencia del conjunto económico, ya que tampoco se trata aquí de personas jurídicas distintas que actúen bajo la dirección, control y administración de una sola.

En el ámbito individual de las relaciones laborales a nivel interno de cada empresa, las unidades son autónomas y se regulan de acuerdo con su legislación local, si bien pueden existir estándares establecidos a nivel internacional en los más diversos aspectos, desde el reclutamiento de personal hasta la forma de evaluación y recompensa por el desempeño de los trabajadores y el logro de metas de la empresa. Entrando en el ámbito colectivo del Derecho del Trabajo, pudieran darse manifestaciones sindicales conjuntas en virtud de las características similares que tienen los trabajadores de todas las empresas que forman parte de una cadena de franquicias. Luego entonces, puede presentarse tanto el sindicato de empresa como el

de industria aglutinando este último a los trabajadores de varios establecimientos comerciales que formen parte de la franquicia

La empresa franquiciada es manejada por un genuino empresario independiente que asume todos los riesgos y beneficios por su inversión tomando como referencia el convenio de franquicia. Es por ello que no existe relación jurídica alguna entre los trabajadores de la empresa franquiciante y los de la franquiciada. Más aun los acuerdos de franquicia contienen por lo general cláusulas que obligan al cumplimiento estricto de la legislación local en materia fiscal, comercial y laboral. No se muestra aquí dificultad alguna en identificar la figura del empleador ya que la relación que se da entre la empresa franquiciante y la franquiciada es estrictamente comercial.

VI FIGURAS CONTRACTUALES UTILIZADAS EN LOS PROCESOS DE DESCENTRALIZACIÓN

A través del examen de las modalidades bajo las cuales se presenta la tercerización se ha visto que la figura contractual empleada entre la empresa que recurre al servicio de *outsourcing* y aquella que lo brinda consiste en un acuerdo de naturaleza mercantil. Ubicándonos en lo estipulado por nuestra legislación civil el *outsourcing* se asemeja al arrendamiento de obras y servicios (artículo 1294 del Código Civil) por el cual una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio a precio cierto (artículo 1296 del CC).

El punto fundamental de similitud radica en que en ambas figuras la prestación consiste en brindar un servicio o ejecutar una obra. Sin embargo el legislador panameño no se ocupa de regular en detalle el arrendamiento de servicios. Con respecto al arrendamiento de obras básicamente se refiere a la actividad de la construcción (artículos 1335 a 1352 del CC). Siendo así suele encuadrarse al contrato

de *outsourcing* bajo el nombre de contrato de arrendamiento de servicios y sus cláusulas se estipulan por las partes bajo las reglas de la libre contratación en materia civil y comercial

Cabe destacar además que en el caso de la externalización para la producción y abastecimiento de bienes el contrato pudiera ser una compra venta en donde el suministro de los productos se da en vanas entregas durante la vigencia del contrato y de acuerdo con las condiciones detalladas en el mismo. En todo caso la relación laboral se configura entre la empresa que brinda servicios de *outsourcing* y sus trabajadores

A CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO

En la doctrina se le atribuyen al contrato de *outsourcing* varias características que lo distinguen de otras formas de contratación. Situándolo indudablemente en el área del Derecho Comercial Jorge Enrique Romero-Pérez⁶¹ señala que son siete las características del contrato de *outsourcing*. Nos referimos en detalle a cada ellas

1 CONTRATO DE COLABORACION EMPRESARIAL

En todo contrato mercantil las partes se obligan a ejecutar determinadas prestaciones con las cuales se benefician cada uno de los contratantes. Ello dice relación con la causa como requisito esencial para la validez de todo contrato.

No obstante en el contrato de *outsourcing* el acercamiento de las partes contratantes conlleva una finalidad muy especial que es la colaboración de esfuerzos empresariales conjuntos orientados hacia la consecución de las metas de los involucrados en el proceso. La finalidad de ambas partes es pues obtener ganancias o beneficios económicos como producto de la contratación en virtud de la cooperación que brinda el *outsourcer* y que permite a la empresa que recibe sus servicios alcanzar sus objetivos principales más eficientemente.

⁶¹ Véase ROMERO-PÉREZ J (2003) pp 134-135

2. CONVENIO INTEREMPRESARIAL

Romero-Pérez plantea que la tercerización se da, en principio, en el plano interempresarial. Se parte de la base de que las partes contratantes son empresas con actividades bien definidas. De otro lado, estaríamos en presencia del clásico contrato de servicios profesionales.

A través de acuerdos particulares, cada empresa se declara dispuesta a colaborar dentro de un determinado ámbito con otras empresas. Éste es el ejemplo del intercambio de conocimientos tecnológicos a través del mecanismo del *know-how*, muy propicio en empresas de pequeñas dimensiones que no renuncian a alcanzar economías de escala por medio de un «crecimiento externo»⁶² Puede darse también el caso en que varias empresas unen sus servicios para negociarlos con el empresario que los necesita. En este último supuesto, el *outsourcer* vendría a estar compuesto por varias personas jurídicas.

Cabe anotar que el proceso de contratación comúnmente es llevado a cabo por medio de licitaciones en las cuales intervienen varias empresas que aprovechan la oportunidad para concursar y ofrecer sus servicios o productos. Este factor es de vital importancia para la fijación de precios de los servicios que van a prestarse. Además, da más transparencia al procedimiento porque la empresa que recibe el servicio no es la que fija el precio final, sino que lo hace la competencia que se genera entre los prospectos.

Ahora bien, debemos destacar aquí que, en nuestra opinión, la característica de convenio interempresarial se aplica sólo a ciertas modalidades de *outsourcing*, tales como la subcontratación o los convenios con empresas de colocación o cooperativas. En el caso del trabajador autónomo o el teletrabajador, la parte prestadora del servicio

⁶² TERRADILLOS ORMAETXEA, E. (2000): p. 122.

es una persona natural y la contratación como señala Romero-Pérez bien podría asimilarse en esencia al contrato de servicios profesionales mas no por ello deja de considerarse como tercerización de servicios

3 ONEROSO

Toda vez que implica que por la prestación del servicio o suministro de productos que otorga el *outsourcer* éste recibirá una suma de dinero como contraprestación

4 BILATERAL

Ya que del mismo nacen obligaciones recíprocas para ambas partes contratantes En adición a la característica de bilateral señalada por Romero Pérez debe apuntarse que el contrato de *outsourcing* es conmutativo toda vez que las prestaciones recíprocas son determinadas y no dependen de hechos fortuitos o eventuales para que surja la obligación de su cumplimiento

5 DE TRACTO SUCESIVO O INSTANTANEO

Puede ser ejecutado en un solo acto o bien desarrollado mediante la ejecución de fases o etapas En relación con las diversas formas que puede adoptar la descentralización consideramos que el objeto del contrato perfeccionado en un solo acto pudiera darse mayormente en el suministro de productos No obstante tanto en el abastecimiento de productos como en la provisión de servicios lo comun es que el contrato sea de tracto sucesivo realizandose sucesivas prestaciones durante su vigencia

6 DE ADHESIÓN

Segun Romero-Pérez usualmente el contrato está previamente elaborado por la parte que lo define —la empresa que recurre al prestador externo del servicio— integrando las condiciones generales de la contratación

La empresa que opta por hacer una reestructuración vía la tercerización de ciertas actividades en efecto determina cuáles son sus requerimientos o necesidades los que deberán ser plenamente satisfechos por el *outsourcer* si se quiere que el cambio produzca los efectos deseados en cuanto a incrementos de productividad y rentabilidad se refiere Sin embargo somos del criterio que puede haber también un margen amplio para la negociación de las condiciones contractuales partiendo de la base de que las empresas involucradas pueden negociar aspectos diversos como materiales monto y forma de pago garantías etc

7 ATÍPICO

Romero-Pérez parte por atribuir al *outsourcing* el carácter de contrato atípico o innominado ya que no se adapta a la tipología sentada en la legislación costarricense haciendo que las partes determinen las cláusulas con base en la libre contratación De igual forma este contrato no se encuentra regulado expresamente por la legislación panameña si bien ya se ha planteado que guarda semejanza con el arrendamiento de servicios

En cuanto al contenido del contrato el mismo usualmente comprende como todo pacto escrito la identificación clara de las partes fecha y lugar de contratación cláusulas generales y cláusulas específicas

Las cláusulas generales se refieren a los siguientes aspectos definiciones de términos disposiciones relativas al objeto del contrato —en donde se establecen los servicios o productos que se brindan bajo la modalidad de *outsourcing* incluyendo una relación de productos cantidades y precios obligaciones del contratista precio y forma de pago —frecuentemente se condiciona el pago a que el contratista acredite el pago de sus aportes al sistema de seguridad social así como también de sus obligaciones fiscales duración o vigencia del contrato y término para la liquidación una vez expire

confidencialidad, la cual continúa aun después de resuelto y liquidado el acuerdo; término para resolución del contrato; legislación aplicable, tribunales competentes y cláusula de arbitraje.

Algunos de los deberes u obligaciones que usualmente se imponen al contratista *outsourcer*, incluyen: implementación de un programa de las actividades, con miras al cumplimiento del objeto del contrato (incluyendo medidas de almacenamiento y contratación de personal adicional); procedimiento para facturación, rendición de cuentas e informes; seguimiento de las instrucciones que se impartan por parte de la empresa; reserva de la información que sea suministrada para la ejecución del contrato; tiempo y lugar de entrega de productos o servicios y obligación de aceptar devoluciones por defectos, inconsistencias con pedido o calidad; capacitación del personal que designe la empresa en los procesos operativos y creación de un manual para requisiciones; y responsabilidad ante las autoridades por actos u omisiones en el ejercicio de sus actividades, cuando por ello se causen perjuicios, tanto a la empresa como a terceros.

Se aprecia así que la prestación de servicios por parte de la empresa tercerizada se encuentra estrictamente controlada en todos los aspectos relacionados con el desarrollo del proceso productivo, ya que, como se ha dicho, la descentralización empresarial implica el establecimiento de una relación de colaboración estrecha y constante comunicación entre las partes.

Por otra parte, las cláusulas específicas que se incluyen con mayor frecuencia versan sobre los siguientes temas: devolución de productos; subcontratación (suele pactarse la prohibición de subcontratar sin autorización de la empresa que recibe el servicio o bien y, en todo caso, el contratista es el único responsable ante la empresa); designación de un comité de seguimiento (se nombra el cargo o departamento de la

empresa que deberá controlar la ejecución del contrato y, además, se estila nombrar también un funcionario interventor de la calidad, que debe ejercer el control técnico y administrativo del contrato); penalizaciones por incumplimiento; deber de colaboración; protección de datos de carácter personal; lugar de prestación de servicios; compromiso de no contratación con otra empresa o exclusividad y derechos de propiedad intelectual.

Hacemos énfasis en la cláusula que fija la garantía a cargo del contratista, *outsourcer*, para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, así como también la cláusula de inexistencia de la relación laboral. Un ejemplo de ello es el que a continuación se transcribe, en cuanto a la contratación pública en Colombia, aplicable al ámbito privado:

"(...) CLÁUSULA QUINTA. GARANTÍA.- EL CONTRATISTA se obliga a tomar en favor de LA PREVISORA la Garantía Única de Cumplimiento de que trata el Numeral 19 del Artículo 25 de la Ley 80 de 1.993 y los Artículos 16 y 17 del Decreto 679 de 1.994, expedida por una Compañía de Seguros legalmente establecida en el país, con los siguientes amparos: a) De Cumplimiento: Para garantizar el cumplimiento de todas las obligaciones surgidas con la celebración del presente contrato, por una cuantía equivalente al veinte [sic] (20%) del valor del mismo y con una vigencia igual a la duración del contrato y cuatro (4) meses más; b) De Calidad: Para garantizar la buena calidad de los bienes objeto de éste [sic] contrato y que sean aptos para el servicio para el que fueron adquiridos, por una cuantía equivalente al diez por ciento (10%) del valor de contrato y con una vigencia igual a la duración del mismo y doce (12) meses más. c) De Pago de Salarios, Prestaciones Sociales e Indemnizaciones por una cuantía equivalente al cinco (5) por ciento del valor del contrato con una vigencia igual al plazo del mismo y tres (3) años más. d) De Responsabilidad Civil, en cuantía equivalente al cinco por ciento (5%) del valor del contrato y con una vigencia igual a la duración del contrato y un (1) mes más; para cubrir la responsabilidad de carácter civil en que pueda incurrir el contratista, por sustracción, pérdidas o daños de los bienes de la compañía en las áreas donde se prestará el servicio y por lesiones corporales causadas por el contratista en ejercicio de sus actividades. PARÁGRAFO PRIMERO: En caso de prórroga o modificación del contrato, EL CONTRATISTA ajustará las garantías de que trata la presente cláusula en cuantía y vigencia. PARÁGRAFO SEGUNDO: La póliza de que trata esta cláusula es independiente a las garantías de fábrica propias de cada producto. (...)"

(...)

(...) CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA. INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL: Queda entendido que por virtud del presente contrato no se genera ni

se generará vínculo o relación laboral alguna entre LA PREVISORA y EL CONTRATISTA y/o sus dependientes. (...)⁶³

La Ley 80 de 28 de octubre de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de Colombia, aludida en el texto antes citado, señala en su artículo 25 la obligación por parte de los contratistas de prestar fianza.⁶⁴ Como ya mencionamos, aunque el ejemplo traído a colación se ha tomado del sector público, el contenido de la cláusula se aplica igualmente a las relaciones entre particulares. Ello se evidencia en el Artículo 9, numeral 8, del Acuerdo No. 009-2005 de la Superintendencia de Bancos de Panamá, por el cual se desarrolla la tercerización o *outsourcing*, al establecer que el contrato de tercerización debe contener entre sus cláusulas, garantías, seguros y planes de contingencia, cuando ello aplique.

De las disposiciones contractuales transcritas, se revela la gran responsabilidad que recae en el prestador externalizado de servicios con respecto a los bienes que ofrece, así como también, en cuanto a sus obligaciones patronales. Se busca evitar que, mediante la utilización de la descentralización empresarial, pueda evadirse el cumplimiento de las obligaciones laborales propias del empleador, al igual que se

⁶³ <http://www.previsora.gov.co/pdfs/Anexo4licitacion08-03.pdf>, pp. 3-5. Consultado el 28 de mayo de 2006.

⁶⁴ "ARTICULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMIA. En virtud de este principio:

(...)

19. El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias.

La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirará por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros.

Las entidades estatales podrán exonerar a las organizaciones cooperativas nacionales de trabajo asociado legalmente constituidas del otorgamiento de garantías en los contratos que celebren con ellas, siempre y cuando el objeto, cuantía y modalidad de los mismos, así como las características específicas de la organización de que se trate, lo justifiquen. La decisión en este sentido se adoptará mediante resolución motivada."

http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/Min/10801993.htm. Consultado el 31 de mayo de 2006.

pretende garantizar la calidad del servicio y por supuesto asegurar la efectividad de este tipo de contratación a través de la consecución de los objetivos propuestos

VII FUENTES DE LA DESCENTRALIZACIÓN EMPRESARIAL

Dos son las fuentes de las cuales emana la descentralización empresarial el poder de dirección del empresario y la negociación colectiva

A EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO

El poder de dirección es definido por Alfredo Montoya Melgar como el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y a su riesgo ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa ⁶⁵

Para el jurista uruguayo Ricardo Santana Rodríguez⁶⁶ el poder de dirección se desenvuelve en varias facultades expresadas mediante actos y declaraciones jurídicas unilaterales. Constituye los concretos deberes del trabajador y ordena tanto las singulares prestaciones de trabajo como las que tienen por marco la empresa en este último caso coordinándolas y dirigiéndolas al fin técnico económico de la explotación. De este modo el poder de dirección del empresario se desdobra en diversas funciones que pueden ser decisoria, ordenadora y de control. Las decisoria se refieren a la organización del trabajo y a diferencia de las meras órdenes e instrucciones su fin inmediato no es asegurar la obediencia de los trabajadores aunque ésta es una consecuencia normal de su puesta en práctica. Las funciones ordenadoras se refieren a la organización del trabajo a través de órdenes o instrucciones. Las funciones de

⁶⁵ MONTTOYA MELGAR A (1965) En SANTANA RODRÍGUEZ R (2001) *El poder disciplinario del empleador en la empresa privada* 1ª Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo p 19

⁶⁶ Véase SANTANA RODRÍGUEZ R (2001) pp 19 20

control por su parte tienen por finalidad la comprobación y vigilancia de la realización del trabajo

El empresano es pues quien determina la estructura técnica económica productiva organizacional y administrativa de su empresa o negocio Este es un principio fundamental en el Derecho del Trabajo La libertad de dirección en la empresa privada es un derecho protegido en todos los regímenes democráticos y una de sus manifestaciones básicas viene a ser la subordinación jurídica a la que debe someterse el trabajador en cuanto a las órdenes e instrucciones de trabajo que reciba del empleador El poder de dirección del empresano en cuanto a la estructura productiva de su empresa y del cual el principio de subordinación jurídica resulta ser una manifestación es el fundamento del empleador al momento de decidir por ejemplo reducir su personal y contratar a compañías independientes para prestar servicios de limpieza vigilancia o mantenimiento

Como bien apunta Fernando Valdés dal Ré⁶⁷ el poder del empresano de organizar su empresa de adoptar las decisiones básicas relativas al qué al cómo al cuánto al cuándo y al dónde producir un bien o prestar un servicio y por lo mismo al modo de coordinar y articular las prestaciones laborales y recursos técnicos constituye el argumento dotado de la mayor capacidad de limitación de los derechos constitucionales personalísimos del trabajador Es por lo anterior que opositores a los procesos de descentralización alegan que en estos supuestos se constituye un grupo económico (figura ampliamente regulada en nuestra legislación) y se configura la responsabilidad solidaria de todas las empresas involucradas

⁶⁷ VALDÉS DAL RÉ F (2003) "Los derechos fundamentales de la persona del trabajador" En XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Libro de Informes Generales Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Montevideo p 95

Así, un sector de la doctrina es del criterio que "(...) en el marco de las relaciones laborales de hoy es socialmente impensable un poder empresarial sin límites."⁶⁸ Mientras que para otro sector, "(...) Se trata concretamente del reconocimiento de lo que la doctrina conoce como *orden público económico*, que se manifiesta, entre otras cosas, en la libertad empresarial de elegir a los contratantes en el mercado de trabajo y en la decisión, en última instancia, empresarial sobre el volumen del empleo."⁶⁹

En el Derecho Internacional del Trabajo, el derecho de los empleadores a la plena dirección de las actividades que desarrollan está enteramente reconocido. Así, la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, del 10 de diciembre de 1998⁷⁰, señala en su artículo 7 que el empleador tiene el derecho de organizar y dirigir económica y técnicamente la empresa, de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales.

En Panamá, el CT hace referencia a los poderes de dirección del empresario al enumerar las obligaciones de los trabajadores, contenidas en su artículo 126:

"Artículo 126.- Son obligaciones de los trabajadores:

(...)

2. Acatar las órdenes e instrucciones del empleador, o de su representante, de acuerdo con las estipulaciones del contrato;
- (...)
7. Prestar los servicios requeridos cuando por siniestro o riesgo inminente peligran las personas, sus compañeros de trabajo, o el establecimiento donde preste el servicio;
8. Observar las disposiciones del reglamento interno de trabajo, así como las medidas preventivas e higiénicas adoptadas por las autoridades competentes y las que indique el empleador, conforme a la ley, el reglamento interno y la Convención Colectiva, para la seguridad y la protección personal de los trabajadores;
- (...)"

⁶⁸ TORRES DE LEÓN, V. (1998): *El contenido del convenio colectivo panameño*, 1ª Edición, Editorial Juris Textos, S.A., Panamá, p. 273.

⁶⁹ MARTÍN VALVERDE, A. En: TORRES DE LEÓN, V. (1998): pp. 280-281.

⁷⁰ ERMIDA URIARTE, O. y RACCIATTI, O. (2003): *Derecho Internacional del Trabajo*, 1ª Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, p. 641.

El poder disciplinario se encuentra contenido en nuestra legislación en el artículo 132 del CT el cual señala a la letra

Artículo 132 Todo empleador tiene el deber de estimular en los trabajadores el mejor cumplimiento de sus obligaciones y correlativamente la facultad de sancionar el incumplimiento de éstas

En este último caso las sanciones disciplinarias que se impongan deben estar previstas en la Ley o en el respectivo reglamento interno de trabajo

Como conclusión a este punto anotamos que para todos los efectos el poder ejercido por el empresario en la estructuración de su negocio resulta ante todo en la clara expresión de la democracia llevada al ámbito de la actividad económica privada. En efecto, la forma o estructura que adquiere una empresa así como también los procedimientos que se implementan en cuanto a la elaboración de productos o prestación de servicios inciden en asuntos laborales, administrativos, fiscales, etc.

La facultad de dirección resulta ser casualmente uno de los principales puntos de controversia en el tema de la desprotección a la que pudieran verse enfrentados los trabajadores tercerizados. Como anotamos anteriormente, la particularidad de la descentralización es el mantenimiento de un marcado intervencionismo de la empresa madre en la gestión de las empresas satélites que deben prestar sus servicios o productos de acuerdo con requerimientos muy específicos de tiempo y calidad impuestos por la empresa principal, guardando dichas pequeñas empresas un grado de subordinación jurídica importante con respecto a la empresa principal. Podría, en efecto, resultar contraproducente para el trabajador el hecho de ejecutar la prestación personal de servicios para alguien que no funge como su empleador, por lo cual consideramos que es fundamental para que la figura del *outsourcing* se dé de modo exitoso para todas las partes, la claridad en cuanto a las estipulaciones del acuerdo de tercerización, así como también garantizar al trabajador óptimas condiciones de trabajo y un máximo respeto por sus derechos laborales.

B LA NEGOCIACION COLECTIVA

Durante los últimos años en países con un alto desarrollo sindical las organizaciones sociales y el sector empleador han procurado autorregular bilateralmente los procesos de descentralización en el contexto de la autonomía colectiva. Ejemplo de ello lo constituyen los países de la Unión Europea.

Los convenios colectivos en los cuales se abarca el tema de la descentralización constituyen así un instrumento negociado entre empleadores y trabajadores para la implementación de los cambios estructurales que requieran realizarse. Estos procesos implican que en primer lugar existe un mayor grado de información a los trabajadores en cuanto a la situación de la empresa; en segundo lugar los trabajadores se ven obligados a elevar constantemente sus niveles de capacitación y formación profesional.

Todo ello se da porque los trabajadores están adquiriendo conciencia de que las empresas en donde laboran no pueden excluirse de los profundos cambios económicos que se presentan y además están aceptando que tomar una actitud de no negociación termina trayendo resultados desfavorables para los propios trabajadores. Por ello una de las fuentes de la descentralización empresarial es la negociación colectiva como el mecanismo de concertación por excelencia entre trabajadores y empleadores. Este tema será abordado en profundidad en la Sección Cuarta sobre descentralización empresarial y Derecho colectivo del trabajo.

SECCIÓN SEGUNDA

DESCENTRALIZACIÓN EMPRESARIAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO

I ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO

A CONCEPTO

Para abordar el tema de los derechos fundamentales de la persona del trabajador es preciso aludir a la figura de los derechos humanos de los cuales son titulares todos los hombres y mujeres y como tales adquieren categoría de fundamentales

Desde su posición con respecto a los ordenamientos jurídicos derechos fundamentales son aquellos que se perciben se entienden y actúan como fundamento de todo un orden jurídico-político plasmado en textos y cartas constitucionales y en declaraciones o pactos internacionales ⁷¹

Luigi Ferrajoli brinda una noción de derechos fundamentales entendiendo por tales aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas ciudadanos o personas con capacidad de obrar⁷²

Partiendo de esta base los derechos fundamentales de la persona del trabajador son los derechos que corresponden al trabajador en su condición de persona ⁷³ Esta noción que en una línea brinda el catedrático español Fernando Valdés dal Ré a modo de paráfrasis del concepto que se pretende definir resulta tan sencilla como elocuente En efecto los derechos fundamentales del trabajador son derechos humanos

⁷¹ VALDÉS DAL RÉ F (2003) p 38

⁷² FERRAJOLI L (2001) En VALDÉS DAL RE F (2003) p 42

⁷³ VALDES DAL RE F (2003) p 41

inherentes al trabajador y que hacen referencia a condiciones mínimas de respeto a la dignidad humana en el campo del trabajo por lo que no deben ser conculcados

B CARACTERÍSTICAS

Valdes dal Ré⁷⁴ atribuye tres rasgos o características básicas a los derechos fundamentales en el trabajo a saber:

- La forma universal de su imputación la cuantificación de los sujetos que como personas o ciudadanos capaces de obrar son sus titulares es universal. En cuanto a los derechos fundamentales del trabajador el derecho debe venir atribuido a todos los trabajadores por igual es decir a todas aquellas personas físicas a las que se confiera la situación jurídica de trabajador sea cual fuere el criterio de configuración de esa situación establecido por normas de derecho positivo
- Indisponibilidad, tanto activa como pasiva la indisponibilidad activa se refiere a que son inalienables por su titular y la pasiva a que no pueden ser expropiados por otros sujetos comenzando por el Estado. En consecuencia no son derechos fundamentales los derechos laborales que se encuentren a disposición de la autonomía privada esto es que puedan ser constituidos modificados o extinguidos mediante actos jurídicos singulares dotados de efectos obligatorios
- Poseen su estatuto en normas generales y abstractas ya que se confieren mediante normas de rango habitualmente constitucional es decir no sujetas al principio de jerarquía normativa

La presencia de las tres características antes mencionadas resulta necesaria para que se configure un derecho fundamental. Se observa pues que en general una parte considerable de las legislaciones nacionales en materia laboral está compuesta por

⁷⁴ Véase VALDES DAL RE F (2003) pp 42-43

derechos indisponibles para todos los trabajadores. Empero existen ciertos preceptos universalmente reconocidos que son comunmente elevados a rango constitucional. Más aun independientemente del reconocimiento que en las legislaciones pueda hacerse de estos principios fundamentales los mismos existen porque son intrínsecos al ser humano y a su dignidad como tal por lo que se ha dicho son irrenunciables y oponibles *erga omnes*.

C INSTRUMENTOS NORMATIVOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Es indudable que la comunidad internacional juega un papel protagónico en la adopción y ejecución de planes de acción tanto a nivel regional como mundial. Más allá de las medidas que un gobierno pueda adoptar para encaminar el destino de la nación el ordenamiento supranacional surgido del consenso entre Estados en el seno de organismos con influencia mundial o regional se erige como orientador y en más de una ocasión como fiscalizador en cuanto al cumplimiento de los parámetros establecidos en temas de vital importancia para el logro de la paz social la cual sólo es posible alcanzar a través del respeto a los derechos humanos y la implementación de políticas y planes enfocados hacia un desarrollo sostenible en el plano social y en el aspecto económico.

Es precisamente el campo del Derecho del Trabajo uno de los escenarios en donde la actividad normativa internacional es particularmente intensa. El trabajo hoy como ayer es el elemento del cual se hacen depender toda una serie de factores referentes a la calidad de vida de los seres humanos (alimentación vivienda educación esparcimiento etc.) Por lo anterior las políticas de trabajo y empleo son invariablemente un punto medular dentro de los planes de todo gobierno. Pero además la forma internacionalizada que presentan las relaciones productivas en general no solamente laborales sino también comerciales hace indispensable la existencia de

normas internacionales que regulen las especificidades y la permanente evolución del mercado laboral

1 VISIÓN DE LA OIT

La Organización Internacional del Trabajo posee una preeminencia indiscutible en materia normativa toda vez que es el organismo especializado de las Organización de Naciones Unidas encargado de trabajar por el mejoramiento de las condiciones de trabajo en el mundo con miras a alcanzar la paz universal y permanente a través del logro de la justicia social tal como queda consagrado en el preámbulo de la Constitución de este organismo En efecto la OIT () constituye la consagración de la preocupación de los pueblos por dar a las relaciones laborales un nivel universal adecuado () ⁷⁵

La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento adoptada el 18 de junio de 1998 reitera el contenido de los preceptos establecidos en ocho convenios considerados como fundamentales de la Organización Independientemente del grado de desarrollo de cada uno de los Estados miembros de la OIT y de la ratificación o no que de dichos convenios se haya hecho el establecimiento de este piso mínimo de derechos en el mundo del trabajo compromete a los miembros a respetar promover y hacer realidad los principios en ella enunciados La Declaración encuentra su razón de ser tal como lo expresa su parte preliminar en la necesidad de que el progreso económico se compagine con el progreso social lo que constituye la base para que pueda darse un desarrollo sostenible a nivel global en condiciones de paz y justicia

En apoyo a lo anterior la OIT ha puesto en marcha una campaña intensa dirigida a que los convenios fundamentales sean ratificados por la totalidad de los Estados

⁷⁵ DE BUEN N (2001a) p 126

miembros. Pasamos a enunciar estos principios y derechos fundamentales en el trabajo.

a) LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN, LA LIBERTAD SINDICAL Y EL RECONOCIMIENTO EFECTIVO DEL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA (CONVENIOS No. 87 Y No. 98)

Los Convenios No. 87 (sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación) y No. 98 (sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva) sientan las bases del libre ejercicio de la asociación y sindicalización, protegiendo a las organizaciones de trabajadores y empleadores contra la injerencia del Estado y, además, a las organizaciones de trabajadores contra actos de intervención de los empleadores.

La libertad sindical está integrada por una diversidad de elementos que hacen particularmente complejo el tratar de brindar una noción o concepto que recoja adecuadamente todas sus implicaciones. Cecilio Cedalise⁷⁶ plantea la doble dimensión que se suele otorgar al término y establece que, en sentido amplio, la libertad sindical envuelve tres instituciones del Derecho colectivo que son: el derecho de asociación profesional, el derecho de negociación colectiva y el derecho de huelga. De modo estricto, entraña el derecho que tienen los trabajadores para organizarse en grupos o en asociaciones sindicales con el objeto de lograr la defensa, mejora y promoción de sus intereses, siendo nombrado frecuentemente derecho de sindicación o sindicalización.

Según explica la propia OIT⁷⁷, la libertad de asociación y la libertad sindical significan que los trabajadores y los empleadores pueden crear sus propias organizaciones, afiliarse a ellas y dirigirlas sin injerencia del Estado ni de las propias

⁷⁶ CEDALISE, C. (2003) *Bases Sociojurídicas de la Libertad Sindical*, 1ª Edición, Editorial Portobelo, Panamá, p. 20.

⁷⁷ OIT (2003c): *Los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo*, 2ª impresión, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, p. 9.

organizaciones Este derecho conlleva la responsabilidad por parte de sus miembros de respetar la legislación nacional Sin embargo la legislación nacional a su vez debe respetar el principio de libertad sindical o de asociación que no debe ser ignorado ni prohibido para ningún sector de actividad o agrupación de trabajadores

b) LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE TRABAJO FORZOSO U OBLIGATORIO (CONVENIOS No 29 Y No 105)

La OIT define el trabajo forzoso como () un trabajo o un servicio que imponen coercitivamente el Estado o individuos que tienen la voluntad y el poder de amenazar a los trabajadores con graves vejaciones por ejemplo privándolos de comida de tierra o de salario ejerciendo violencia física o explotación sexual limitando sus movimientos o impidiéndoles salir ⁷⁸

A la luz de la definición anterior el trabajo forzoso es el que realiza una persona contra su voluntad bajo la coacción del Estado o de un particular y sometida a amenaza de violencia física o privaciones relativas a la satisfacción de necesidades básicas Así el trabajo forzoso puede darse en el ámbito doméstico como también se dan los casos de servidumbres por deudas y tráfico de mano de obra Se considera además trabajo forzoso el realizado en el sistema penitenciario cuando el producto sea comercializado posteriormente en desmedro de las empresas que sí deben asumir los costes correspondientes en concepto de mano de obra para la producción de bienes así como en perjuicio de los propios reclusos quienes no reciben el beneficio económico que se deriva de su actividad

A modo de aclaración adicional resulta propicio exponer algunas diferenciaciones conceptuales con respecto al trabajo impuesto como pena el trabajo forzoso y el trabajo penitenciario Patricia Kuczyn Villalobos investigadora de la Universidad Autónoma de

⁷⁸ OIT (2003c) p 25

México expone las diferencias fundamentales entre estos términos. El trabajo impuesto como pena tiene un carácter de servicio comunitario. Se entiende esta forma de trabajar –sin aceptar la condición punitiva del trabajo– como sustitución de la pena. La intención del legislador es la ocupación constructiva del tiempo libre y la concientización del sentenciado sobre la responsabilidad social.⁷⁹ Por su parte, se entiende por trabajo forzoso el que realiza una persona en contra de su voluntad y suele coincidir con formas y elementos de la esclavitud y la servidumbre. Mientras que trabajo penitenciario es la actividad o conjunto de estas realizada por sujetos privados de su voluntad dentro de cualquier recinto carcelario independientemente de la denominación atribuida a dichos locales conforme a los ordenamientos legales aplicables.⁸⁰

El trabajo realizado por internos de centros penitenciarios es por tanto una actividad digna de promoción siempre que se ejecute en circunstancias que no presenten matices de explotación, competencia desleal o ventajas impropias para personas privadas en vista de sus beneficios en cuanto a capacitación y resocialización se refiere.

De lo anteriormente esbozado se desprende que en el trabajo forzoso no se configura una relación de trabajo ya que no concurren los elementos esenciales para ello, es decir, los actores, las condiciones de trabajo y el factor remuneración. No obstante, este tipo de relacionamiento sí interesa al Derecho del Trabajo por cuanto que existe una prestación personal de servicios que requiere de la protección del ordenamiento jurídico en cuanto al establecimiento y cumplimiento de medidas para la abolición de esta práctica. Es por ello que ésta es una materia fundamental para

⁷⁹ KUCZYN VILLALOBOS P (1998) Las Condiciones del Trabajo Carcelario. En XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. T. III. Editora Sibauste S.A. Panamá, pp. 131-132.

⁸⁰ Véase KUCZYN VILLALOBOS P (1998) pp. 133-134.

organismos internacionales como la OIT que abogan por la eliminación del trabajo forzoso en todas sus formas

c) LA ABOLICIÓN EFECTIVA DEL TRABAJO INFANTIL (CONVENIOS No 138 Y No 182)

Los Convenios No 138 sobre la edad mínima y No 182 sobre las peores formas de trabajo infantil establecen la abolición de todas las formas de trabajo que pongan en riesgo la educación y desarrollo de los menores procurando el desarrollo pleno de las facultades físicas y mentales de la niñez. Para el logro de estos objetivos la actividad normativa de la OIT va encaminada al establecimiento de una edad mínima para la admisión al trabajo así como también la prohibición absoluta para los menores de realizar determinados tipos de trabajo.

En relación con el alcance del convenio la OIT ha señalado que el principio debe regir tanto en la economía formal como en la informal que es donde más abundan las formas intolerables de trabajo infantil. Esto abarca las empresas familiares y las actividades agrícolas, el servicio doméstico y el trabajo no remunerado justificado de diversas maneras, por ejemplo cuando los niños trabajan a cambio de su sustento.⁸¹

La labor de los gobiernos en cuanto a la fijación de edades mínimas de los menores para su admisión al trabajo resulta pues elemental. Pero además es de resaltar la labor que deben llevar a cabo diversas instituciones del engranaje gubernamental así como también la propia sociedad civil en el sentido de salvaguardar el estricto cumplimiento de las normas laborales en la materia y en cuanto a la implementación de políticas y programas que coadyuven al desarrollo integral de los menores. Por ejemplo, en nuestro país resulta esencial la implementación de programas y políticas coordinadas entre el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral (inspección)

⁸¹ OIT (2003c) p. 45

el Ministerio de Desarrollo Social (desarrollo social integral de la familia) y el Ministerio de Educación (sistema educativo eficiente en la formación académica)

d) LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN EN MATERIA DE EMPLEO Y OCUPACIÓN (CONVENIOS No 100 Y No 111)

La discriminación ha sido por largo tiempo objeto de profundo debate a nivel mundial no sólo en el ámbito del trabajo sino también en todo el espectro de relaciones que integran la convivencia humana. El Convenio No 100 se refiere a la igualdad en la remuneración y el No 111 alude expresamente al tema de la discriminación en el empleo y la ocupación.

¿Cuáles son las implicaciones del término igualdad aplicado al Derecho? Para Fernando Valdés del Ré⁸² la igualdad en la ley comporta en suma un genérico mandato dirigido al legislador con vistas a que defina con criterios de universalidad las situaciones jurídicas (libertades o poderes, obligaciones o prohibiciones) reconocidas en la norma. No obstante a este primer sentido se adiciona un segundo cuyos efectos ya no se van a desplegar en el plano de la sujeción de todos por igual al ordenamiento jurídico sino en el terreno de la aplicación de la ley a todos también por igual. Por este lado el principio de igualdad queda quebrantado cuando la ley deja de ser concebida como norma general y se transforma en norma singular pero también cuando la aplicación de esa norma general se realiza no de manera general sino en razón de distinciones y consideraciones personales. Dado lo anterior la perspectiva cambia cuando se trata de ubicar al principio de igualdad como un derecho oponible entre las partes del contrato de trabajo. Esa perspectiva constituye el punto inicial para llegar al epicentro de la cuestión objeto de análisis cual es la prohibición de discriminación.

⁸² VALDÉS DEL RE F (2003) pp 104 105

Es así que "(...) la calificación de una conducta como discriminatoria requiere la concurrencia simultánea de dos requisitos: una diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y una falta de justificación objetiva y razonable de esa diferencia."⁸³

¿Cuál es, entonces, el significado del concepto "discriminación" en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo? El artículo 1 del Convenio No. 111 de la OIT ofrece una definición detallada en función del empleo, cual es la siguiente:

"Artículo 1

1. A los efectos de este Convenio, el término «discriminación» comprende:
 - a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;
 - b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.
2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.
3. A los efectos de este Convenio, los términos «empleo» y «ocupación» incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo."

Al discriminar, no se toman en consideración los méritos ni las calificaciones necesarias para el puesto de trabajo de que se trate, con consecuencias sumamente desfavorables para quien es objeto de estas prácticas. "(...) La discriminación coarta la libertad de las personas para conseguir la clase de trabajo a la que aspiran. Merma las oportunidades de los hombres y las mujeres para desarrollar su potencial, sus aptitudes y cualidades, y para ser remunerados en función de sus méritos. La discriminación en el

⁸³ VALDÉS DAL RÉ, F. (2003): p. 107.

trabajo genera desigualdades en los resultados del mercado de trabajo y coloca en una situación de desventaja a los miembros de determinados colectivos ⁸⁴

Requiere especial atención dentro del concepto antes esbozado la alusión que hace la OIT en cuanto al escenario en el cual se puede producir la discriminación es decir en el empleo y en la ocupación () La referencia al empleo y a la ocupación significa que se brinda protección contra la discriminación no sólo a los empleados sino también a otros colectivos de la fuerza de trabajo como los trabajadores por cuenta propia los propietarios de empresas y los trabajadores familiares no remunerados ()

⁸⁵ Luego entonces esta mención tiene por objeto dar un sentido amplio a la definición y extender el radio en el cual se considera pueden darse las situaciones discriminatorias más allá del empleo formal contemplando así todas las formas de labores que pueden darse dentro de la población económicamente activa

La prohibición de la discriminación también puede ser analizada en función de su categorización como principio del Derecho Laboral A propósito de los principios generales que informan el Derecho del Trabajo el autor uruguayo Américo Plá Rodríguez propone la no discriminación como un principio de nuestra disciplina Destaca Plá Rodríguez que () el principio de no discriminación lleva a excluir todas aquellas diferenciaciones que colocan a un trabajador en una situación inferior o más desfavorable que el conjunto Y sin una razón válida ni legítima ⁸⁶ El autor hace una distinción entre la igualdad y la no discriminación ya que estos dos conceptos suelen confundirse dentro de una misma denominación En este orden de ideas Plá atribuye a la no discriminación el carácter de principio del Derecho del Trabajo mas no a la

⁸⁴ OIT (2003b) *La hora de la igualdad en el trabajo* Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo 2003 1 edición, Ginebra, p 16

⁸⁵ OIT (2003b) p 19

⁸⁶ PLÁ RODRÍGUEZ A (1998) pp 414-415

igualdad considerando que el principio de igualdad encierra la idea de la equiparación que es una fuente de conflictos y problemas desnaturaliza el carácter mínimo de las normas laborales y lleva a impedir el otorgamiento de mejoras y beneficios que podrían existir ⁸⁷ En el análisis de estas figuras Plá Rodríguez señala enfáticamente que es tan injusto tratar diferentemente las situaciones iguales como tratar igualmente dos situaciones dispares ⁸⁸

No podemos más que estar en desacuerdo con este razonamiento Consideramos que la existencia del principio de igualdad no constituye en modo alguno un obstáculo para el acceso a niveles de protección más elevados que el mínimo establecido en las legislaciones En lo que al aspecto económico se refiere si bien es cierto que cada ser humano es distinto de otro los estándares o rangos salariales son recomendables para crear en el trabajador una certeza de que está siendo evaluado y remunerado segun criterios establecidos objetivamente Luego aunque concordamos con la idea del Profesor Plá Rodríguez sobre la injusticia que importa el trato igualitario en situaciones dispares y viceversa es nuestra opinion que un rango salarial previamente establecido para una determinada posición resuelve el tema del ajuste segun las aptitudes del trabajador De igual modo fórmulas como ajustes por dependientes y ayudas en situaciones familiares especiales permiten atender circunstancias personales de los trabajadores sin quebrantar el principio de igualdad Un caso aparte son las diferencias salariales en la actividad deportiva profesional y en la televisión en donde la situación de cada trabajador tiene una preponderancia casi absoluta con respecto al tema de la fijación del salario

⁸⁷ PLA RODRIGUEZ A (1998) p 415

⁸⁸ PLÁ RODRÍGUEZ A (1998) p 411

Adicionalmente a la visión de la igualdad como principio en lo tocante a la remuneración la propia OIT brinda una perspectiva más amplia sobre sus implicaciones. El principio de igualdad en el trabajo implica que todos los individuos deben tener las mismas oportunidades para adquirir plenamente los conocimientos teóricos y prácticos y la formación y capacidad que se requieren para las actividades económicas que deseen llevar a cabo ()⁸⁹ De este modo los principios de no discriminación e igualdad en el trabajo comprenden una multiplicidad de situaciones relativas al acceso al empleo al desenvolvimiento de la relación laboral y a su terminación.

Consideramos pertinente en este punto hacer breve mención de la condición jurídica especial del trabajador extranjero. En aras de regular dicha integración las legislaciones nacionales ostentan normas especiales que intentan abarcar los diversos aspectos de la vida humana pudiendo mencionar a modo de ejemplo la capacidad y condición jurídica del extranjero las relaciones de familia la actividad comercial y profesional y por supuesto el ámbito laboral.

El principio de reciprocidad e igualdad entre nacionales y extranjeros se encuentra consagrado a nivel constitucional. No obstante por cuestiones de trabajo la ley puede subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinadas actividades a los extranjeros (artículos 15 y 20 CP).

Conocida es la prohibición del comercio al por menor que pesa sobre los extranjeros impuesta por el artículo 288 constitucional. Según comenta el Profesor Gilberto Boutin⁹⁰ con quien concordamos dicha norma va contra la evolución del

⁸⁹ OIT (2003c) p. 64

⁹⁰ BOUTIN G (2002) *Derecho Internacional Privado* 1 Edición Editorial Mizrahi & Pujol S.A. Panamá, p. 251

derecho político y del principio de igualdad así como el fenómeno de la globalización o liberalización de los mercados sumado a los principios de integración

Si tal crítica cabe hacer al ejercicio del comercio al por menor ¿qué puede decirse de las condiciones especiales de las cuales debe revestirse la contratación de trabajadores extranjeros? El Código de Trabajo señala porcentajes específicos para la contratación de trabajadores extranjeros dentro de las empresas (artículo 17 CT) con miras a restringir el número de trabajadores extranjeros frente a los nacionales. Más que eso el énfasis debería estar en una adecuada capacitación de los trabajadores nacionales a fin de elevar la competitividad de nuestra fuerza laboral

A nivel mundial los gobiernos están adoptando las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de los preceptos establecidos en los Convenios No 100 y 111 de la OIT. Por ejemplo en relación con el Convenio No 100 en Lituania fue adoptada el 1 de diciembre de 1998 una ley sobre igualdad de oportunidades la cual establece la presunción de discriminación por parte del empleador si por razones de sexo del empleado le ofrece condiciones de empleo más o menos favorables. Adicionalmente crea la Oficina del Defensor para la Igualdad de Oportunidades. Con respecto al Convenio No 111 en Bulgaria se reformó el Código de Trabajo en el año 2001 a fin de prohibir la discriminación indirecta entendiéndose por tal el hecho de que una decisión sobre la aplicación de derechos y deberes laborales aparentemente válida por la ley resulte en posiciones más o menos desventajosas para los trabajadores

En cuanto a los avances que se han dado en nuestro país con respecto al tema de la discriminación recientemente fue promulgada la Ley No 11 de 22 de abril de 2005⁹¹

Que prohíbe la discriminación laboral y adopta otras medidas cuyo artículo 1º establece que se prohíbe la discriminación laboral por razones de raza nacimiento

⁹¹ G O No 25,287 de 27 de abril de 2005

discapacidad clase social sexo religión o ideas políticas Esta normativa prohíbe los anuncios de vacantes en los que se señale como requisito para los aspirantes una determinada edad al igual que radica la función fiscalizadora del cumplimiento de la ley en el MITRADEL y establece sanciones pecuniarias para los infractores

Del principio de igualdad en el Derecho del Trabajo se desprende la idea de que los beneficios que se den a un trabajador deben extenderse a todos los demás trabajadores que dentro de una misma empresa se encuentren en igualdad de condiciones es decir que ejecuten idénticas funciones Consideramos que seria recomendable ampliar el alcance y sentido de este principio a través de su aplicación a relaciones laborales que se den en empresas diferentes en relación de *outsourcing* De allí entonces la estrecha vinculación entre los derechos fundamentales en el trabajo y los procesos de descentralización empresarial

2 OTROS INSTRUMENTOS JURÍDICOS EN EL AMBITO MUNDIAL Y REGIONAL

Fuera del marco normativo de la OIT tambien existen instrumentos que si bien no se refieren completamente a materia laboral contienen disposiciones referentes a nuestro tema de análisis En el ámbito mundial la Organización de las Naciones Unidas cuenta con varias herramientas legales A nivel interamericano también se ha hecho lo propio Pasamos a enunciar algunos instrumentos aprobados en el seno de las Naciones Unidas así como acuerdos regionales para Latinoamérica haciendo una breve mención de las normas referentes a derechos fundamentales del trabajador contenidas en los mismos

a) ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

a 1 Declaración Universal de Derechos Humanos

La Declaracion Universal de los Derechos Humanos adoptada el 10 de diciembre de 1948 dispone en su artículo 20 la libertad de reunión y de asociación pacífica de la

cual debe gozar toda persona El artículo 23 establece por su parte el derecho al trabajo la no discriminación en materia salarial el derecho a acceder a una remuneración que permita al individuo una subsistencia digna y el derecho a fundar sindicatos o adscribirse a dichas organizaciones

a 2 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales del 16 de diciembre de 1966

Este Pacto reconoce la importancia de crear condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos así como también cumplir sus deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a la cual pertenece En la tercera parte de la excerta legal en comento se incluyen los derechos relativos al trabajo El artículo 6 consagra el derecho al trabajo y lo define como el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado Además esta norma hace énfasis en la importancia de la orientación y formación técnico-profesional

En el artículo 7 se instituye el reconocimiento a la igualdad en cuanto a condiciones laborales en el aspecto salarial así como también con respecto a seguridad e higiene oportunidades de promoción y descansos El artículo 8 toca el tema de la libertad sindical en la vertiente constitutiva y en cuanto al funcionamiento de las organizaciones sociales Se consagra además de manera expresa el derecho a la huelga El ordinal tercero del artículo 10 comprende la protección de los menores en el empleo

a 3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966

Este instrumento consagra una serie de garantías que se consideran indispensables para el libre ejercicio de los derechos del individuo en función de sus relaciones con el Estado y su participación activa en la política nacional

La prohibición del trabajo forzoso u obligatorio se observa en el ordinal 3 del artículo 8 el cual además contiene las aclaraciones pertinentes acerca de lo que no se considera como trabajo forzoso para efectos del Pacto. El artículo 22 de este texto consagra la libertad sindical en los aspectos de constitución y afiliación a sindicatos.

En relación con los derechos de los menores dispone el artículo 24 que todos los niños tienen derecho a la protección que requiere su condición.

b) ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS

b 1 Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) Bogotá 1948

La Carta Constitutiva de la OEA como organismo regional dentro de las Naciones Unidas incluye en su artículo 34 literal g que la consecución de salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos constituye una de las metas básicas para el logro del desarrollo integral de la región.

Por su parte el artículo 45 reconoce varios principios como presupuestos fundamentales para la plena realización de las aspiraciones del hombre: entre ellos, el trabajo como un derecho y deber social; el derecho de asociación libre de trabajadores y empleadores; y la contribución de las organizaciones sociales a la vida de la sociedad y el proceso de desarrollo. Una importante acotación con respecto a las legislaciones laborales del área se encuentra en el artículo 46 de la Carta, el cual señala que las mismas deben armonizarse para que los trabajadores sean igualmente protegidos.

b 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica , 1969

Establece el artículo 6 de la Convención en su ordinal 2 que nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. El artículo 16 a propósito de la libertad de asociación establece la libertad de asociación para fines laborales. Este

cuerpo normativo contiene también disposiciones sobre los derechos del menor y la igualdad ante la ley si bien sin referencia expresa al tema laboral

b 3 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales Protocolo de San Salvador' 1988

Este documento adicional al Pacto de San Jose consagra el principio de no discriminación (artículo 3) El artículo 6 establece el derecho al trabajo y el artículo 7 que el mismo debe darse en condiciones justas equitativas y satisfactorias para lo cual quedan enunciadas ocho garantías básicas que deben ser ofrecidas por los Estados entre ellas una remuneración mínima para todos los trabajadores que asegure una existencia decorosa y la prohibición del trabajo nocturno a los menores de 18 años

El artículo 8 regula lo concerniente a los derechos sindicales garantizando el derecho a la formación de sindicatos y afiliación a los mismos el derecho a la huelga el ejercicio libre de los derechos sindicales sin más limitaciones y restricciones que las previstas en la ley y la libertad sindical en sentido negativo es decir el derecho a no pertenecer a un sindicato Cabe resaltar en este ultimo punto que la Organización de Estados Americanos sí ha adoptado una posición sobre el tema de la libertad sindical negativa contrariamente a la OIT que deliberadamente se ha reservado la emisión de un criterio en esta delicada cuestión

La discusión del tema de los derechos fundamentales en el trabajo en cuanto a los mecanismos de producción no resulta novedosa Antes bien desde las postrimerías del siglo XIX se aprecia ya un interés en llegar a un concierto en la comunidad internacional sobre las condiciones de trabajo como unica via para superar las dificultades que

emanan de la competencia internacional y que se reconoce expresamente constituyen un obstáculo a la mejora de la situación de la clase obrera⁹²

Se aprecia entonces en los instrumentos normativos de Derecho Internacional a que se ha hecho alusión que los derechos fundamentales en el trabajo son un tema de relevancia trascendental dentro del contexto de los derechos humanos. Fuera de la actividad normativa de la OIT es un hecho de universal aceptación que el acceso al empleo y el mantenimiento de condiciones decentes de trabajo constituyen pilares esenciales para el logro de la tan ansiada paz social vía el respeto a los derechos económicos, sociales y culturales así como también civiles y políticos de los individuos.

II LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA DEL TRABAJADOR EN EL CONSTITUCIONALISMO PANAMEÑO

En páginas anteriores manifestamos que una de las características de los derechos fundamentales del trabajador es la elevación de dichos preceptos a normas de rango constitucional y supranacional. Por ello consideramos pertinente dar una mirada a las disposiciones que en el constitucionalismo panameño se refieren al tema de los derechos fundamentales de la persona del trabajador. En adición al acatamiento de las normas de Derecho Internacional por parte del Estado panameño según lo dispone la propia CP en su artículo 4 los derechos fundamentales de la persona del trabajador son pues objeto de regulación en el ordenamiento jurídico nacional.

Según comenta Vasco Torres De León⁹³ existen varios cauces por los que discurre el tema de los derechos fundamentales de los trabajadores. Uno dice relación

⁹² Véase ERMIDA URIARTE O y RACCIATTI O (2003) *Derecho Internacional del Trabajo* 1 Edición Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo p 13

⁹³ TORRES DE LEÓN V (2003b) "La recepción de los derechos fundamentales de la OIT en la legislación laboral panameña" En *Derecho Social* Departamento de Derecho Social Facultad de Derecho

con los derechos humanos fundamentales de la persona del trabajador" reconocidos de manera general en las constituciones y tratados internacionales y cuya denominación en la doctrina corresponde a los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador" Por otra parte están los llamados derechos fundamentales propios de los trabajadores cuyo origen se encuentra en los textos internacionales y son recogidos por las normas ordinarias laborales de los Estados miembros de la OIT El autor repara también en los contenidos de los derechos laborales que recogen los textos constitucionales de cada país o los llamados derechos laborales fundamentales específicos haciendo mención del capítulo dedicado al trabajo en la CP

El Título III de la Constitución Derechos y Deberes Individuales y Sociales contiene en su Capítulo 3º los preceptos relativos al trabajo (artículos 60 a 75) Para efectos del presente estudio importa destacar el contenido del artículo 63 el cual establece que a trabajo igual en idénticas condiciones corresponde siempre igual salario o sueldo cualesquiera que sean las personas que lo realicen sin distinción de sexo nacionalidad edad raza clase social ideas políticas o religiosas

Por su parte el artículo 64 de la misma excerta dispone que se reconoce el derecho de sindicación a los empleadores asalariados y profesionales de todas clases para los fines de su actividad económica y social () Esta misma disposición se refiere a la inscripción y reconocimiento de las organizaciones sociales y su disolución y estipula además que las directivas estarán integradas exclusivamente por panameños

Las pautas esenciales con respecto al trabajo infantil se encuentran en el segundo inciso del artículo 66 a propósito de la jornada de trabajo

En lo que hace a la jerarquía de los convenios y recomendaciones de la OIT en el Derecho interno conviene recordar que el Estado goza de la supremacía en la elaboración de las normas jurídicas sin embargo y en base a su supremacía el Estado ha reconocido la existencia de fuentes externas a él que regulan la actividad de las sociedades en nuestro caso la actividad laboral ()⁹⁴ Ya fue señalado que el artículo 4 de la CP declara que Panamá acata las normas de Derecho Internacional Así la propia norma eleva la normativa internacional sobre la legislación interna Siendo Panamá signatara del Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (adoptado mediante la Ley No 17 de 31 de octubre de 1979 Gaceta Oficial No 19 106 de 7 de julio de 1980) prevalece de la norma internacional en relación con la norma nacional

La CP se ocupa entonces de establecer un abanico de garantías en beneficio de los trabajadores mediante el reconocimiento de principios basados en la dignidad humana que a su vez informan y orientan la tarea del legislador en la formulación de normas legales y reglamentarias pudiendo mencionar la Ley No 4 de 29 de enero de 1999 Por la cual se Instituye la Igualdad de Oportunidades para las Mujeres (G O No 23 729 de 6 de febrero de 1999) en donde se instituye como política pública del Estado que este principio regirá las acciones del gobierno encaminadas entre otros fines a reducir la tasa de desempleo femenino y la segregación laboral por razón de género así como mejorar las condiciones laborales de las mujeres Así pues se aprecia que en Panama se están dando avances en la búsqueda de soluciones legales que permitan llevar a la práctica la condición de igualdad prevista en nuestra CP

⁹⁴ TORRES DE LEÓN V (2003b) p 18

III LA DESCENTRALIZACIÓN EMPRESARIAL Y SU INCIDENCIA EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO ¿CONTRIBUYE LA DESCENTRALIZACIÓN A LA PRECARIZACIÓN DEL EMPLEO?

La interrogante planteada como título de este apartado nos conduce a meditar sobre la influencia que puede llegar a ejercer la estructura de la empresa sobre las condiciones de vida de los trabajadores y a su vez en la economía regional nacional e internacional. La estrecha vinculación entre el trabajo y la economía es por todos conocida. Cada factor incide sobre el otro lo que degenera en su permanente interrelación.

Para un sector doctrinal la flexibilidad laboral vista como proceso ligado a la globalización ostenta una influencia negativa en relación con las protecciones especiales establecidas en el Derecho laboral ya que pretende modificar las leyes para adecuarlas a las necesidades empresariales en perjuicio de los intereses de los trabajadores ⁹⁵

Por otra parte otro importante sector de la doctrina deja sentado que incluso las propias organizaciones patronales de la Comunidad Europea admiten que entre sus propósitos no se incluye reinstaurar la situación de las relaciones laborales con anterioridad al surgimiento del Derecho del Trabajo. Más bien se señala que los más calificados exponentes de la doctrina de la flexibilidad no se inclinan por la flexibilidad salvaje sino más bien propugnan por la implementación de un proceso controlado manteniendo frenos a la libertad del empresario ⁹⁶

⁹⁵ Véase ROMÁN ESCOBAR, P. Y SUIRA, M. (2003) La flexibilidad y la movilidad laboral. En **Derecho Social**. Departamento de Derecho Social. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Panamá, Editores: Antonia Rodríguez de Arauz y Oscar Vargas Velarde. Editora Sibauste S.A. Panamá, pp. 104-109.

⁹⁶ BARBAGELATA, H. (2002) p. 128.

Plantea el Profesor Héctor Hugo Barbagelata⁹⁷ que en suma el dinamismo del Derecho del Trabajo que es el resultado de la conjunción de factores que causaron y causan su particularismo lo hace apto para adaptarse a la eventualidad de cambios de diversa entidad incluso al desplazamiento de materias hacia un ámbito distinto como ocurre cuando se le separa del derecho de la Seguridad Social Pero cualquiera que sea la amplitud e intensidad de las modificaciones es lógico suponer que como siguen en pie las razones que provocaron el surgimiento del Nuevo Derecho esto es continua siendo indispensable garantizar protección adecuada y eficaz al trabajo y al trabajador la supervivencia del Derecho del Trabajo está asegurada

Como afirma Alain Supiot en lugar de hacer desaparecer la cuestión del trabajo la mundialización de la economía le da una dimensión sin precedentes ⁹⁸

Consideramos que la descentralización empresarial no tiene por qué conllevar necesariamente la precarización del empleo y por consiguiente al desmejoramiento del nivel de vida de la masa asalariada Por ejemplo en las empresas transnacionales el tema de la descentralización no resulta novedoso y dentro de una estructura debidamente organizada son ya institucionalizados desde hace décadas sistemas como compensaciones o equiparaciones por diferencias en el nivel de vida del lugar en donde se encuentre el trabajador con el fin de obtener una equiparación en cuanto a condiciones de trabajo los cuales se vienen implementando tanto en empresas multinacionales como en organismos internacionales (v g el sistema de Naciones Unidas)

En este contexto las condiciones de empleo no se ven afectadas cuando el motivo por el cual se incurre en un proceso de descentralización es el incremento de la

⁹⁷ BARBAGELATA H (2002) p 129

⁹⁸ SUPIOT A (1996) En BARBAGELATA H (2002) p 129

productividad ya que ello implica la creación de plazas de trabajo en diversas áreas técnicas y profesionales. En este caso la descentralización viene a ser el resultado de un proceso debidamente planificado y enmarcado en el logro de alianzas estratégicas en donde se transforma la organización y se identifican nuevas funciones y competencias. En cambio cuando la descentralización se dirige principalmente al ahorro de costos las condiciones de empleo tienden a depauperarse. El nivel de las condiciones de trabajo dependerá entonces en gran medida de la motivación del cambio así como también del desarrollo tecnológico del sector o actividad de la observancia a la legislación laboral y de que las empresas usuarias impongan a sus proveedores cumplir estrictamente con sus obligaciones laborales y de seguridad social e higiene en el trabajo ⁹⁹

En el caso de Perú y en opinión de la OIT la intermediación parece haber generado un aumento de contrataciones con condiciones inferiores a las de la empresa usuaria que ha visto de forma paralela reducido el número de sus trabajadores. Así y según datos del Ministerio de Trabajo (Diano Gestión 6 de agosto de 1999) el 65% de las denuncias por vulneración de derechos laborales correspondía a trabajadores de empresas de servicios o cooperativas de servicios ¹⁰⁰

Para evitar este tipo de situaciones en algunas legislaciones ya se toman medidas a fin de evitar que la descentralización genere inequidades en el aspecto salarial. Un ejemplo de ello es la previsión contenida en el artículo 54 de la Ley Orgánica de Trabajo de Venezuela ¹⁰¹. Dicha norma además de establecer la

⁹⁹ HERBERT M y SILVEIRA J (2000) Repercusión de la descentralización en el problema del empleo. En GRUPO DE LOS MIÉRCOLES XXV Aniversario (2000) *Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo*. I Edición. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo pp 60-62

¹⁰⁰ VEGA RUÍZ M (Edit.) (2001) pp 30-31

¹⁰¹ Véase <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/47049/67563/S97VEN01.htm> Consultada el 16 de julio de 2006

responsabilidad solidaria de intermediano y beneficiario dispone que los trabajadores contratados por el intermediano disfrutan de los mismos beneficios y condiciones de trabajo que correspondan a los trabajadores contratados directamente por el patrono beneficiario

En relación con el trabajo independiente el cual presenta una tendencia al alza en virtud de los procesos de descentralización lo más importante es que el mismo no sea informal ya que es esta situación la que termina incidiendo mayormente en la precariedad de las condiciones de trabajo

Por su parte la descentralización empresarial en cuanto importa la internacionalización de la relación de trabajo no implica necesariamente una pauperización de las condiciones de trabajo sobre todo al observar que dentro de los procesos de integración económica se toman también provisiones al respecto La Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios contempla en su ámbito de aplicación a aquellos trabajadores en régimen de *outsourcing* El artículo 1 de la mencionada Directiva señala a la letra

Artículo 1 *Ámbito de aplicación*

1 La presente Directiva se aplicará a las empresas establecidas en un Estado miembro que en el marco de una prestación de servicios transnacional desplacen a los trabajadores según lo dispuesto en el apartado 3 en el territorio de un Estado miembro

2 La presente Directiva no se aplicará a las empresas de la marina mercante por lo que se refiere al personal navegante

3 La presente Directiva se aplicará en la medida en que las empresas a que se refiere el apartado 1 adopten una de las siguientes medidas transnacionales

- a) desplazar a un trabajador por su cuenta y bajo su dirección en el marco de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios que opera en dicho Estado miembro al territorio de un Estado miembro siempre que

- exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador durante el periodo de desplazamiento o
- b) desplazar a un trabajador al territorio de un Estado miembro en un establecimiento o en una empresa que pertenezca al grupo siempre que exista una relación laboral entre la empresa de origen y el trabajador durante el periodo de desplazamiento o
 - c) en su calidad de empresa de trabajo interno o en su calidad de empresa de suministro de mano de obra desplazar a un trabajador a una empresa usuaria que este establecida o ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro siempre que exista una relación laboral entre la empresa de trabajo interno o la empresa de suministro de mano de obra y el trabajador durante el periodo de desplazamiento
- 4 Las empresas establecidas en un Estado que no sea miembro no deberán obtener un trato más favorable que las establecidas en un Estado miembro

En el artículo 3 de la precitada Directiva 96/71/CE se establece que los Estados miembros velarán porque las empresas garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo que estén establecidas en el Estado miembro donde se efectue el trabajo. Las condiciones a que se hace referencia son períodos máximos de trabajo, vacaciones, salario mínimo, medidas de salud, seguridad e higiene, maternidad, no discriminación y condiciones para el suministro de mano de obra, en particular por parte de las agencias de trabajo interno.

Con respecto a las políticas de remuneración que adoptan las empresas transnacionales en los países subdesarrollados, vale la pena anotar que existen encontradas opiniones sobre su conveniencia. Hay quienes argumentan, como Nadal Vignolo¹⁰², que son mayores las desventajas que los beneficios, ya que las elevadas normas de trabajo que ellas implementan en los países en desarrollo, altos salarios, menor número de horas de trabajo y amplios beneficios complementarios, lejos de favorecer el desarrollo, lo atacan. Así se plantea que los beneficios a los trabajadores y las actividades de beneficencia en las cuales se involucran van acompañadas de

¹⁰² Véase NADAL VIGNOLO S (1983) p. 119

beneficios fiscales. Se esgrime que los costes salariales se ligan con los aumentos en los productos y servicios, además de que mejores relaciones laborales aseguran para la empresa una fuerza de trabajo satisfecha y competitiva. Contra ello, los pequeños empresarios nacionales no pueden competir. Por esto, las prácticas salariales de las transnacionales tienden a reducir los incentivos al desarrollo de la producción nacional y, al final del día, se agrava el desempleo y la desigualdad social.

Por el contrario, nos parece que sería descabellado no reconocer los beneficios que para el trabajador representa el acceso a un mejor salario. Por poner un ejemplo, constantemente se critica la enorme plusvalía de las empresas dedicadas a la confección de artículos deportivos. Mucho se repite que un par de calzados cuesta más que un mes de salario de un obrero de la transnacional en el lugar de producción. Lo cierto es que debe valorarse también cuál es la media salarial en el país en donde se encuentra el trabajador. La paga media en la fábrica de Nike cercana a la Ciudad Ho Chi Minh [Vietnam] es de 55 dólares al mes, casi el triple del salario mínimo en una empresa estatal.¹⁰³

Desde hace varias décadas se viene analizando la razón de ser de estas profundas diferencias. Al respecto, la OIT ha planteado que () esta desemejanza obedece en gran medida a las características económicas que distinguen marcadamente a las multinacionales de las empresas nacionales de los países en desarrollo: el tamaño de los establecimientos, la relación capital mano de obra, la productividad del factor trabajo y las tasas de beneficios suelen ser mayores o mucho mayores en las primeras y la proporción de los gastos de mano de obra en el valor agregado por lo general es menor. En cambio, entre las compañías nacionales hay por

¹⁰³ NORBERG J. (2004) "El lado bueno de la globalización". En *Selecciones Reader's Digest México*. S.A. de C.V. abril de 2004. Núm. 761. p. 74.

lo comun un crecido numero de firmas muy pequeñas que pagan bajas retribuciones y ejecutan una vasta gama de actividades productivas con escaso capital y contados trabajadores calificados ¹⁰⁴ Desde la visión de la OIT en suma el impacto de las multinacionales en las condiciones de trabajo se reporta como positivo ¹⁰⁵

Al esbozar las diferencias notables que en se dan entre los países desarrollados y los subdesarrollados específicamente de América Latina en cuanto a los resultados de la implementación de medidas tendientes a la flexibilización del mercado de trabajo no se observa una efectiva elevación en los niveles de desarrollo de nuestros países En el marco de la globalización económica salvo contadas excepciones como el caso de Chile se ha venido dando una flexibilización de hecho o subterránea dado que en Latinoamérica y el Caribe el fenómeno no fue acompañado ni mucho menos alentado por reformas institucionales de importancia Antes bien dicho proceso de flexibilización ha sido estimulado por la mecánica interna del mercado de trabajo para responder a ciertos factores macroeconómicos v g liberalización del comercio exterior reducción de subsidios estatales y privatizaciones pero sin un liderazgo activo por parte del Estado como rector del proceso de cambio Todo lo anterior contribuye a explicar el carácter desorganizado que se aprecia el campo de acción parcial y desigual y los

¹⁰⁴ OIT (1974) En NADAL VIGNOLO S (1983) pp 120-121

¹⁰⁵ () El resultado ha sido que más de una vez se ha considerado a las multinacionales como una fuente de innovaciones convenientes en asuntos como los sistemas de remuneración, el desarrollo de la carrera, la promoción de un ambiente de trabajo más democrático y la introducción de nuevas formas de organización del trabajo Sin embargo su aludida tendencia a exportar los usos de sus países de origen ha sido la raíz de algunos problemas de adaptación que han confrontado Se ha afirmado que estos problemas se han planteado porque las multinacionales se han resistido por ejemplo a satisfacer reivindicaciones por ciertas prestaciones complementarias simplemente porque no es habitual concederlas en sus países [sic] de origen, porque no siempre han atribuido a la seguridad y estabilidad en el empleo la misma importancia que se les asigna en los países de acogida y porque han tratado de aplicar sistemas de remuneración que no armonizan con las escalas de valores aceptadas en los referidos países ”

OIT (1974) En NADAL VIGNOLO S (1983) p 128

elevados costos que se asocian con la flexibilización del mercado laboral especialmente en relación con el desempleo ¹⁰⁶

En consecuencia lo que en nuestra opinión sí constituye el factor numero uno de precarización del empleo es precisamente el flagelo del desempleo. A no dudarlo este problema es el factor desencadenante de gran parte de los conflictos socioeconómicos que enfrentan nuestras naciones. En la otra mano debe recordarse que por fortuna el mercado de trabajo es autorregulable y no solamente a la baja. Es decir en la medida en que hay más empleo las condiciones laborales tienden a elevarse. Un ejemplo de ello en nuestro propio país es el caso de auge económico de la región de Boquete en donde debido al desarrollo que se experimenta y la necesidad de contratación de mano de obra el nivel de los salarios se ha visto incrementado.

En este punto la función del Estado como impulsador de la inversión privada no como creador directo de empleos viene a ser elemental aunada a otros factores de vital importancia para el inversionista privado como lo es la transparencia en la gestión pública y la seguridad jurídica.

Una vez más vale la pena poner de resalto la crucial importancia de procurar una actuación coherente en la adaptación de figuras jurídicas que como en el caso de la descentralización empresarial se ha venido discutiendo mayormente en los países industrializados. Es así que la flexibilidad en el mercado de trabajo importa consecuencias disímiles de un país a otro las cuales se harán depender de la estructura económica el marco legal e institucional de las relaciones laborales y el nivel de diálogo social que exista entre los interlocutores sociales.

¹⁰⁶ LAGOS R (1994) pp 91-92

IV DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y COMERCIO INTERNACIONAL ¿CÓMO LOGRAR UNA GLOBALIZACIÓN MAS JUSTA?

La OIT ha dejado sentado que Proveer empleos sin considerar su calidad y los niveles de protección social a los que permiten acceder no es un camino que conduzca al progreso ¹⁰⁷ Este es el eje central sobre el que pretendemos hacer girar las ideas a exponer en la presente sección Nos concentraremos aquí en ver cómo encajan los conceptos de tercerización y comercio internacional y cuáles serían las vías posibles para alcanzar un efectivo desarrollo social de los pueblos en el entorno actual

Partiendo de considerar la globalización como la intensificación de los flujos de intercambio de tecnologías capitales símbolos y comunicaciones en el desarrollo y la expansión del sistema capitalista ¹⁰⁸ resulta interesante el comentario de Jorge Romero-Pérez¹⁰⁹ acerca de lo que él denomina globalismo jurídico fenómeno que deviene de la formación de bloques o regiones económicas importantes estableciendo el autor que la conformación de dichas macrounidades económicas se da a través de la implementación de las reglas del juego respectivas que son obviamente de carácter jurídico

De allí que en el marco de los procesos de integración económica se han dado acciones concretas con miras fomentar el trabajo de calidad Tal es el caso de documento elaborado por la OIT Generando trabajo decente en el MERCOSUR Empleo y estrategia de crecimiento (2004) confeccionado a solicitud de la Comisión Laboral del MERCOSUR Dicha estrategia de crecimiento presenta propuestas para generar trabajo decente en los sectores con mejor desempeño y provocar la transformación de los sectores menos desarrollados

¹⁰⁷ OIT (2004a) p 50

¹⁰⁸ MAKOWISKI S (1997) En ROMERO-PÉREZ, J (2002) p 103

¹⁰⁹ ROMERO-PÉREZ J (2002) p 105

Conocido es que con los procesos de globalización de la economía imbuidos en las tendencias del tan aludido neoliberalismo se propende a la eliminación de las trabas que impidan el libre funcionamiento de los mercados. Pues bien, la OIT apuesta por un cambio de paradigma expuesto magistralmente en la siguiente idea:

El anterior curso de acción [el libre funcionamiento de los mercados] no es el único posible en materia de política económica. Existe otra visión que parte de una premisa diferente, corroborada por la experiencia de que el libre juego del mercado no conduce automáticamente al pleno empleo de los recursos ni a la total adaptación de la economía a un contexto externo cambiante. Esta diferente visión enfatiza la necesidad de que las políticas orienten y guíen el funcionamiento de los mercados hacia la consecución de aquellos objetivos que las sociedades consideran prioritarios: el trabajo decente con empleo de calidad, la satisfacción de las necesidades básicas, la justicia social, la equidad y la libertad, así como la adaptación a un entorno cambiante.¹¹⁰

Y es que en efecto, uno de los aspectos más controvertidos en torno a los procesos de liberalización e integración de mercados es la llamada dimensión económica de la globalización. En este punto, una crítica frecuente es que el comercio mundial se desenvuelve a un ritmo más acelerado que el PIB. Según explica Vasco Torres De León, existe un fuerte elemento de inestabilidad económica que se refleja en inestabilidad en los precios y en los ingresos públicos, existe un deterioro del ingreso en todo el planeta. Todo esto unido a ciclos de inequidad de la riqueza –que se refleja en los países desarrollados y menos desarrollados– y *shocks* económicos en los que caen los salarios y las utilidades, hay quiebras y desempleo, fraudes accionarios multimillonarios, etc.¹¹¹

Luego entonces, si bien la necesidad de adaptación a la globalización se concibe como indispensable tanto para las empresas como para los mercados de trabajo, a la

¹¹⁰ OIT (2004a) p. 53

¹¹¹ TORRES DE LEÓN V (2002) p. 45

luz de los planteamientos de la propia OIT¹¹² no menos cierto es que para lograr el trabajo decente y un nivel de crecimiento elevado y estable resulta esencial un entorno propicio para el desarrollo empresarial un funcionamiento adecuado de los mercados de trabajo y unas políticas de reestructuración y ajuste apropiadas de diversa índole sobre innovación tecnológica reestructuración empresarial información acerca del mercado de trabajo mejora de calificaciones de los trabajadores y seguridad social las cuales deben reforzarse unas a otras En este escenario el Estado está llamado a representar un papel protagónico creando un marco constitucional propicio para que al responder a la evolución de las exigencias de la economía global se concilie la necesidad de flexibilidad que tienen las empresas con la necesidad de seguridad que tienen los trabajadores ¹¹³

En este sentido es criterio de la OIT¹¹⁴ que unas políticas de mercado de trabajo efectivas implementadas por los respectivos gobiernos mejoran la capacidad de los países de elevar su nivel tecnológico se aumenta el valor añadido en la cadena de producción y se crean empresas más competitivas así como más y mejores empleos Para la consecución de lo anterior cuatro son los ámbitos en los que hay que trabajar el intercambio de información fluida y actualizada acerca de la demanda y la oferta de trabajo en la plaza sistemas de formación eficaces un sistema adecuado para la gobernanza de las relaciones en el lugar de trabajo basado en el tripartismo (coparticipación activa del Estado y organizaciones representativas de trabajadores y empleadores) y la existencia de sistemas de seguridad social adecuados que sean un instrumento en la lucha contra la exclusión social

¹¹² OIT (2004b) **Por una globalización justa El papel de la OIT** Informe del Director General sobre la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización 1 Edición Conferencia Internacional del Trabajo 92 reunión Ginebra, <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc92/pdf/adhoc.pdf> 12 de marzo de 2005 pp 17 18

¹¹³ OIT (2004b) p 18

¹¹⁴ OIT (2004b) pp 18 19

Tal vino a ser la preocupación internacional con respecto a este tópico que fue creada por la OIT la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización la cual ha recomendado a los países la elaboración una base socioeconómica sólida por medio de políticas que hagan frente a las tensiones sociales de la globalización proponiendo que debe aceptarse un determinado nivel mínimo indiscutible de protección social como parte de la base socioeconómica de la economía global cuyos tres principales componentes son los derechos fundamentales en el trabajo y otras libertades civiles y políticas que garantizan a los marginados y a los desfavorecidos la posibilidad de expresarse colectivamente y por consiguiente que su voz influya en la formulación de las políticas económicas y sociales para las mujeres y los hombres en edad de trabajar políticas de empleo que combatan la exclusión del mercado laboral aumenten los ingresos de los trabajadores pobres y permitan a los trabajadores desplazados a raíz de los cambios estructurales provocados por la globalización encontrar nuevos trabajos en los que se utilicen plenamente sus capacidades y políticas de protección social que garanticen a todos los miembros de la sociedad un nivel mínimo de seguridad en cuanto a ingresos salud y otros aspectos del bienestar ¹¹⁵

La descentralización productiva que puede darse a nivel nacional regional y mundial se ve incentivada por la globalización de los mercados El desarrollo del Derecho de Autor y la Propiedad Industrial (marcas y patentes) coadyuva a este proceso En primer lugar por las elevadas sumas de dinero que se manejan a través de estos derechos En segundo lugar porque existe una estrecha relación entre la propiedad intelectual y la producción descentralizada ya que se facilita con ello la extensión de todo tipo de concesiones para la fabricación de productos y prestación de servicios Existen muchos otros factores que influyen en que una empresa opte por

¹¹⁵ OIT (2004b) p 33

establecer sus operaciones en nuevos destinos por ejemplo el costo del transporte el aspecto tributario los costes laborales la disposición de materias primas o insumos la demanda del producto o servicio en la nueva localidad la fluctuación de la moneda etc Los capitales son globales debido a la integración e interdependencia de las economías nacionales proceso facilitado por las tecnologías de información y comunicación Ello produce el libre flujo financiero en los mercados de capitales

No obstante mientras que el capital es considerado un recurso global la mano de obra es más bien local por virtud del factor nacionalidad que siempre acompaña al trabajador sin dejar que lado que la organización de la producción a nivel internacional otorga también un cierto carácter de global a la mano de obra Esto es así toda vez que las empresas que se establecen en diversos países desde donde llevar a cabo la producción o prestar sus servicios atendiendo a factores de tipo económico y social contratan personal especializado o técnico de cualquier parte del mundo para cumplir con sus objetivos y proyectos y además la mano de obra emigra de un país a otro en busca de mejores condiciones de trabajo y de vida

Cabe aquí resaltar el hecho de que la descentralización empresarial desde la perspectiva internacional hace pensar de primera mano en las maquilas lo que equivale a mucha mano de obra con poca o ninguna especialización y condiciones laborales especialmente pactadas para incentivar la inversión Empero las multinacionales también están optando por trasladar áreas o tareas con alto grado de especialización hacia países que ofrecen condiciones laborales inferiores a los países desarrollados La consecuencia práctica que de ello se deriva es la contratación de profesionales en países subdesarrollados con salarios inferiores a los que devengarían esos mismos profesionales en países del primer mundo

Debido a lo anterior una distinción que debe hacerse en todo momento y que pudiera permitirnos evaluar si el proceso de descentralización empresarial es en realidad productivo o no es determinar si la empresa transnacional se establece en una nueva localidad para ofrecer sus productos y servicios al nuevo mercado local o si por el contrario se produce en primer lugar una salida de capital del país desarrollado mientras que en el subdesarrollado se implementa un proceso productivo dirigido al exterior por lo que termina dándose una reimportación al país desarrollado

¿Cuál sería el resultado de esta última operación? Para el país desarrollado los indicadores económicos se muestran positivos mas se produce una reducción de la empleomanía y no existe un verdadero desarrollo ya que en lugar de incrementarse la inversión la misma disminuye y aumenta la ganancia del empresario Para el país subdesarrollado el empleo que se produce es en ocasiones inferior al resto de los empleos en la plaza ya que la producción dirigida a la exportación tiene incentivos al inversionista en términos de costes salariales La conclusión a la que nos lleva este ejercicio es que sin empleo de calidad tampoco hay desarrollo Por ello siempre resulta interesante constatar si la protección de la mano de obra de una zona franca es igual que la de los trabajadores regidos por la normativa laboral general Sin necesidad de adentrarnos en mayores análisis numéricos se observa claramente por qué en nuestro país la Ley sobre las Zonas Procesadoras para la Exportación no ha tenido la acogida y el impacto económico esperado

Aun cuando se argumenta que las empresas transnacionales se benefician de los grandes ahorros en costos laborales que importa la fabricación de productos en países subdesarrollados no debe dejarse de lado que la fijación del salario mínimo se da en función de las condiciones existentes en cada zona geográfica lo cual implica importantes diferencias no solo a nivel de naciones sino también a nivel de ciudades o

regiones dentro de un determinado país. Luego entonces, al visualizar las consecuencias de la implementación de medidas tendientes a la globalización y la apertura económica, resulta preciso tomar en consideración las características de las economías, como el crecimiento económico, el desempleo y la estructura del mercado de trabajo¹¹⁶.

Ahora bien, contra el argumento generalizado que reza que “la globalización engendra competitividad y esta conduce a la flexibilidad laboral”¹¹⁷, el maestro Plá Rodríguez¹¹⁸ es enfático al señalar que la competitividad no debe buscarse por medio de la rebaja de las condiciones laborales. Antes bien, debe encauzarse hacia la mejora de la calidad del producto, del perfeccionamiento del aparato y el proceso productivo y de entrega, así como también resulta primordial la adaptación a las necesidades y preferencias del mercado y la eficacia de los mecanismos de comercialización de los productos y servicios ofrecidos. Paralelamente, resalta Plá que también se debe requerir de los trabajadores un esfuerzo en cuanto a su laboriosidad, diligencia, puntualidad y productividad, acordes con las altas exigencias del mercado actual.

En concordancia con esta idea, pudiéramos partir de la base de que, siempre que se respeten por parte de los empleadores las condiciones legales mínimas que impone cada nación para la inversión privada, no se considera que el esquema globalizado de producción resulte en un atentado contra los derechos básicos de la clase trabajadora.

¹¹⁶ Para muestra un botón: “El mercado de trabajo en Canadá y en Estados Unidos se caracteriza por la alta tasa de empleo asalariado, 85% y 92% respectivamente, la que se ha mantenido relativamente estable desde 1990. Los *trabajadores independientes* (es decir, aquellos por cuenta propia más los trabajadores familiares no remunerados) representan sólo el 15% de los trabajadores en Canadá y el 8% en Estados Unidos. Esto contrasta con la situación en América Latina y el Caribe, donde la alta proporción de empleo en el sector informal explica que un 24% de los ocupados sean trabajadores independientes.”

OIT (2004a): p. 45.

¹¹⁷ PLÁ RODRÍGUEZ, A. (1998): p. 49.

¹¹⁸ PLÁ RODRÍGUEZ, A. (1998): pp. 50-51.

Ahora bien, ¿qué está sucediendo con la mano de obra en los países desarrollados? No faltan quienes argumentan que desde la perspectiva de los países desarrollados, la inserción de las cláusulas sociales, aunque se hace ver como una manifestación del espíritu humanitario con miras a evitar la explotación de los trabajadores de los países subdesarrollados, en realidad lo que se persigue es proteger la mano de obra de los países industrializados.¹¹⁹ Y es que el *dumping* social –la competencia desleal que se da por la diferencia en el costo de la mano de obra de un país a otro- se traduce en innegables consecuencias negativas para trabajadores de países con estándares salariales elevados.

Siendo este el escenario, y desde cualquier punto de vista, lo que se impone es proveer a los trabajadores de países subdesarrollados de mejores condiciones de trabajo, al igual que debe fomentarse la empleabilidad por medio de programas de formación profesional. Con ello, el sistema educativo adquiere especial relevancia.

Recalcamos, como fue señalado al inicio de este punto, que el papel de los gobiernos es vital, en cuanto a la implementación de políticas adecuadas que realmente impulsen la economía. Uno de los puntos fundamentales abordados durante la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo, llevada a cabo en marzo de 2002 bajo el auspicio de las Naciones Unidas, fue cómo cambiar la pobreza por prosperidad, para lo cual se hace énfasis en la importancia de superar la dependencia de la exportación de productos primarios. Se estima que los países en desarrollo requieren diversificar sus exportaciones de productos primarios, así como también enfocarse hacia la exportación de bienes manufacturados y de servicios. Ello resulta evidente en Asia, en donde la industria textil, de maquinaria ligera y de productos tecnológicos constituye la principal fuente de intercambio comercial.

¹¹⁹ Véase VÁSQUEZ VIALARD, A. (1998): p. 22.

"(...) Hoy se admite de manera generalizada, que así como la globalización produce significativos beneficios para la economía mundial, igualmente genera costos económicos y sociales apreciables para importantes segmentos productivos y grupos de población; y también se acepta ampliamente que los costos y beneficios no se distribuyen equitativamente entre los países del norte y del sur, ni entre distintos grupos de población a lo interno de las naciones."¹²⁰ Indefectiblemente, ello se constituye en un problema político, económico y social. Lo interesante de lo anterior es el gran reto al que nos enfrentamos los países subdesarrollados. La interrogante se centra, así, en cómo cambiar esta categoría ya estática de atraso y subdesarrollo a través de la implementación de mecanismos que dinamicen la economía para que, realistamente y con propiedad, pueda hablarse de países en vías de desarrollo.

En el caso específico de Panamá, y a la luz de lo señalado por Enrique Brú y Miguel Del Cid¹²¹, se requiere un cambio en el patrón de crecimiento del país, ya que el mismo tiende a desarticular los sectores primario y secundario, lo que está produciendo un alza en la tasa de desocupación, así como también, la precarización e informalidad en el empleo. En este sentido, opinan ambos expertos que Panamá debería repensar políticas que estimulen el agro y la industria, a fin de compensar a los sectores y grupos que se han vistos empobrecidos debido a las políticas desreguladoras y de apertura. Sin llegar al proteccionismo de décadas anteriores, se apuesta por una concertación del ritmo de apertura, para que el mismo resulte justo y acorde con los esfuerzos que se dan por modernizar y fortalecer la competitividad de las empresas y la economía nacional.

¹²⁰ OIT (2002b): Panamá: trabajo decente y políticas de empleo en los 90. Desafíos y propuestas para la década del 2000, Editores: Enrique Brú y Miguel Del Cid, 1ª edición, Oficina Internacional del Trabajo, San José, p. 11.

¹²¹ OIT (2002b): pp. 20-23.

En este contexto, dentro de las políticas propuestas, se destaca el fomento de relaciones armoniosas, basadas en el respeto a los derechos fundamentales en el trabajo y en la consolidación del diálogo social.

En el ámbito de la Comunidad Andina de Naciones (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela), la Carta Social Andina¹²², adoptada en La Paz el 30 septiembre de 1994 –reformada por la Decisión No. 815 del Parlamento Andino, XV Período Ordinario de Sesiones dado en Lima el 7 de diciembre de 1999-, establece claramente los preceptos que deberían guiar el proceso de integración, teniendo de presente la angustiante situación de pobreza e inestabilidad social de la subregión. En efecto, en dicho documento se plantea como objetivo la consolidación de la integración económica para estimular la inversión extranjera. Cabe resaltar que, en el apartado sobre la economía solidaria, se deja sentado que "se debe tener en cuenta que ni un Estado interventor ni un Estado observador pueden impulsar el desarrollo económico y social. Sólo un Estado promotor podrá captar, normar y garantizar inversiones que posibiliten generar empleos productivos". En lo referente a las pautas sobre trabajo y seguridad social, es de resaltar el reconocimiento del derecho del trabajador andino a ser informado y amparado acerca de los cambios en las condiciones de trabajo que son consecuencia de la reconversión industrial y de la incorporación de nuevas tecnologías.

Nos manifestamos en total acuerdo con la política que se propone establecer este instrumento normativo, en cuanto a la posición acerca de las empresas extranjeras y la estructura o visión sobre de las funciones del Estado.

No cabe duda que nuestros países latinoamericanos se caracterizan por una alta conflictividad social, la cual, según un sector de la doctrina¹²³, encuentra sus raíces en

¹²² Véase ERMIDA URIARTE, O. y RACCIATTI, O. (2003): pp. 596-602.

¹²³ Véase TORRES DE LEÓN, V. (2002): p. 41.

problemas sociales como la marginación, la pobreza, la falta de oportunidades y la injusticia. El modo en que se enfrentan dichas situaciones juega un papel igualmente protagonista en todo análisis que se haga. Mucho se ha hablado ya de la permanente crítica hacia los países del norte, a los que se les atribuyen gran parte de los males de nuestras sociedades. Lo que resulta innegable es que la insatisfacción de la población cristalizada en protestas de todo tipo en la búsqueda de la consecución de justas aspiraciones a un mejor nivel de vida, provoca que el clima de conflictividad se mantenga.

En definitiva, podemos afirmar que el arraigo de nuestros pueblos al propio sentido de nacionalidad ha frenado bastante los intentos de integración por lo que, contrariamente a lo que sucede en la Unión Europea, en nuestra región nos mantenemos en la etapa del área de libre comercio. Además, nuestra situación económica hace que la competencia entre los países subdesarrollados por captar la inversión extranjera sea tan intensa, que a menudo se observan concesiones en cuanto a reglamentaciones laborales, subvenciones y exoneraciones fiscales. Siendo así, difícilmente puede hablarse de una verdadera solidaridad entre naciones que permita unir fuerzas para volvernos más competitivos en el mercado global.

Sería interesante que, en torno a todos los procesos de negociación de acuerdos de libre comercio, mirásemos el escenario del comercio internacional como lo hacen los países desarrollados. Un dato esencial para ser tenido en cuenta es que la protección de los intereses nacionales resulta prioritaria para los países desarrollados. Específicamente en el caso de los Estados Unidos de América, como apunta Noam Chomsky¹²⁴ suele soslayarse el hecho de que su propia industria se encuentra

¹²⁴ Véase DIETERICH STEFFAN H. y CHOMSKY N. (1997): *La aldea global*, 2ª edición, Editorial Txalaparta s.l., Tafalla, pp. 26-36.

altamente subsidiada, lo cual ha sido una constante desde el propio nacimiento de esa nación hasta nuestros días, protección que se ha extendido a la industria textil y de maquinaria, luego al acero y a la manufactura y, más recientemente, a la industria de las computadoras y electrónica en general, metalúrgica, industria aeronáutica, la agricultura y los productos farmacéuticos.

A modo de recapitulación, a nivel del comercio internacional, se han adoptado diversas medidas para adaptarse a la configuración de la economía mundial, entre las que cabe mencionar:

- a) Creación de bloques regionales: con forma contractual de tratados de libre comercio y convenios de integración económica (como forma de protección ante la liberalización de los mercados);
- b) implementación de normas contra el *dumping* social: el debate se centra ahora, no tanto en la creación de la normativa legal, sino en el modo de hacerla cumplir y aplicarla efectivamente;
- c) implementación de cláusulas sociales: con reticencia por parte de los países en desarrollo, debido a las protestas de países desarrollados por el bajo costo de la mano de obra en los primeros;
- d) declaraciones de principios: en el ámbito de la OIT, la Declaración sobre Empresas Multinacionales y la Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo;
- e) códigos de conducta, que ayudan porque las empresas exigen a sus proveedores el cumplimiento de determinadas condiciones;
- f) etiquetado social, el cual normalmente proviene de las ONG's como controladoras o supervisoras; y

- g) campañas internacionales de consumidores, mediante las cuales se recomienda comprar o no determinados productos.¹²⁵

Dentro de todo este tema, el profundo conocimiento de la realidad y aspiraciones propias es esencial. Como suele decir el optimista, cada reto representa una oportunidad de crecimiento. En estas circunstancias, consideramos que lo primero es entender que la globalización puede, en efecto, ser una oportunidad para que los beneficios no sean sólo para las grandes potencias, desarrollando los sectores y las actividades que, de acuerdo con el sistema socioeconómico, sea propio incentivar, a través de la ejecución de proyectos que a corto, mediano y largo plazo permitan alcanzar el logro de los objetivos nacionales.

¹²⁵ Véase PLÁ REGULES, M. (2000): "La descentralización a nivel internacional". En: GRUPO DE LOS MIÉRCOLES, XXV Aniversario (2000) Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo, 1ª Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, pp. 91-94.

SECCIÓN TERCERA
DESCENTRALIZACIÓN EMPRESARIAL Y DERECHO INDIVIDUAL DEL
TRABAJO

I. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DEL TRABAJO: RETOS ANTE LAS NUEVAS TENDENCIAS

Al Derecho del Trabajo se le ubica dentro de las ciencias jurídicas en la categoría de Derecho Social, ya que su naturaleza se considera distinta de las dos ramas o vertientes en que clásicamente se divide al Derecho en Público y Privado. El maestro Alberto Trueba Urbina¹²⁶ define al Derecho Social como "el conjunto de principios, instituciones y normas que, en función de integración protegen, tutelan y reivindican a los que viven de su trabajo y a los económicamente débiles".

Se ha dicho por Martín Jiménez que el concepto de rama social del Derecho se ha identificado por algún sector de la doctrina iuslaboralista con la totalidad de las normas que integran el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Según esta tesis, el orden jurisdiccional social debería conocer de cualquier pretensión que requiriera ser satisfecha mediante la aplicación de normas «sociales», en cuyo seno se integrarían tanto las normas pertenecientes al Derecho privado del trabajo, como al Derecho público del trabajo. Esta tesis se fundamenta en que el concepto de rama social del Derecho no tiene un contenido unitario de Derecho privado, sino un contenido dual, público y privado.¹²⁷

Así, se consideran como parte del Derecho Social, tanto al Derecho del Trabajo como al Derecho de la Seguridad Social.

¹²⁶ TRUEBA URBINA, A. (1970). En: DE BUEN, N. (2001a): p. 29.

¹²⁷ MARTÍN JIMÉNEZ, R. (2001): *Los actos administrativos laborales y su control jurisdiccional*, 1ª Edición, Consejo Económico y Social, Colección Estudios Número 105, Madrid, p. 121.

En el marco de su consideración como parte del Derecho Social el Derecho del Trabajo ha sido visto en la doctrina bajo diversos prismas. Así sólo por mencionar algunas acepciones se le ha concebido como Derecho de la clase trabajadora y como Derecho protector de los trabajadores¹²⁸ haciéndose más evidente la cualidad proteccionista precisamente en cuanto a la relación individual de trabajo.

No obstante tal como comenta Arturo Bronstein el modelo proteccionista seguido por la mayoría de los países latinoamericanos diluía el impacto de las disposiciones laborales sobre la competitividad de las empresas¹²⁹ debido a que todas enfrentaban las cargas sociales de modo equitativo y a que el sistema económico estaba sostenido por barreras arancelarias que hacían cerrados a los mercados y mantenían cautivos a los consumidores. Debido a ello han surgido teorías que evocan el achicamiento del Estado hasta niveles de absoluta libertad en cuanto al relacionamiento de las fuerzas del mercado. Frente a ellas el Profesor Antonio Ojeda Avilés apunta hacia una función menos interventora de modo directo por parte del Estado pero con una clara presencia en la vida social¹³⁰.

¹²⁸ "() la norma protectora será aquella que suponiendo la desigualdad entre los sujetos de la relación concede al que está en situación de inferioridad, ciertas prerrogativas que no alcanzaría si el derecho contemplara la relación imparcialmente."

DE BUEN N (2001a) p 65

¹²⁹ BRONSTEIN A (1998) Avances y Retrocesos en la Evolución de la Legislación Laboral en América Latina. En XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, T III, Editora Sibauste S.A. Panamá, p 115

¹³⁰ A niveles generales lo que empezó siendo una propuesta de «Estado mínimo» parece haber derivado suavemente hacia una práctica universal de disminución del poder coactivo del Estado aunque mantenga sus prerrogativas intactas. La presencia de los poderes públicos en las relaciones sociales continua, pero adoptando posiciones menos agresivas más voluntarias o dispositivas. Renuncian a dirigir la sociedad y se conforman con asistirle, abandonando las grandes banderas ideológicas que orientaron sus tareas desde la Ilustración. Nos hallamos ante el Estado asistencial que aspira a realizar los derechos constitucionales mediante prestaciones concretas a los individuos identificándose tras las palabras de ayuda, promoción, aseguramiento.

OJEDA AVILÉS A (1996) Los acuerdos de empresa en la estructura de la negociación colectiva. En El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa. VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial Tecnos S.A. Madrid pp 201-202

Al discurrir sobre la naturaleza del Derecho del Trabajo resulta interesante adentrarnos en el análisis de la visión que tiene el Derecho acerca de lo que puede considerarse trabajo ya que así como se producen modificaciones a nivel doctrinal en cuanto a la percepción de la naturaleza y objetivos de nuestra disciplina la noción de trabajo no se encuentra ajena a la evolución del pensamiento. Es más la propia naturaleza y establecimiento de los objetivos del Derecho del Trabajo se hace depender de lo que sea considerado como trabajo en un determinado momento.

Héctor Hugo Barbagelata¹³¹ aborda este tema refinando que anteriormente el Derecho no consideraba al trabajo en forma directa sino más bien transversal. Esto es en función de la facultad de obrar o de los resultados derivados de la actividad. Luego se desarrolló el denominado Nuevo Derecho a partir de ciertos esquemas fundamentales —el trabajo prestado dentro de una relación de subordinación con una empresa privada— por lo que una amplia gama de actos quedaron fuera de su regulación surgiendo así la llamada tendencia de expansión del Derecho del Trabajo encaminada a encontrar fórmulas para amparar las formas de trabajo que no se ajustan al esquema tradicional.

Y es que la extensión del Derecho del Trabajo en diversas formas o grados para regular contrataciones que no encajan en la relación laboral tradicional tuvo en su momento mucho que ver con el modelo de la descentralización empresarial como reflejo de la economía globalizada.

Ahora bien partimos por señalar que coincidimos con los criterios doctrinales que plantean que el recurso a la externalización por parte del empleador resulta en cierto

¹³¹ BARBAGELATA H (2002) p 103

modo, esencial a la actual fase de desarrollo de las economías capitalistas avanzadas.¹³²

Pero, ¿cuál viene a ser, entonces, la posición del Derecho del Trabajo, siendo éste la expresión de la función reguladora del Estado en la esfera de las relaciones laborales? Para el Profesor César Augusto Carballo Mena¹³³, el Derecho Laboral cuenta con tres vías u opciones para hacer frente al fenómeno de la globalización: el imperativo de la supranacionalidad; la abdicación –por lo menos en clave protagónica- a favor de la autonomía colectiva de la voluntad y, por último, la adaptación de sus normas a las nuevas realidades que le corresponde atender. Nos acogemos a la última de las alternativas propuestas.

Carballo Mena, tomando en consideración el objetivo dual del Derecho del Trabajo, cual es, por una parte, asegurar la óptima gestión del personal en el interés del capital y, por la otra, consagrar beneficios y derechos de carácter irrelajable a los trabajadores mediante normas de orden público, propone “(...) devolver al derecho del trabajo su flexibilidad originaria, imperativa si se atiende al primero de los objetivos planteados y, por ende, deslastrarle de los dogmas –acuñados a la luz del optimismo militante- que niegan *a priori* cualquier iniciativa para su revisión o adaptación a las nuevas realidades que le corresponde atender.”¹³⁴

Algunas legislaciones ya han dados pasos en este sentido. Así, en Colombia, la Ley 789 de 27 de diciembre de 2002, “por la cual se dictan normas para apoyar el

¹³² DE LUCA TAMAJO, R. y PERULLI, A. (2006): “Derecho Laboral (en sus aspectos individuales y colectivos) y descentralización productiva”. En: XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, CD de Informes Generales, Asociación Francesa de Derecho Laboral y Seguridad Social, París, p. 6.

¹³³ CARBALLO MENA, C. (1998): “El Derecho del Trabajo frente a la globalización: ¿la estrategia de Job?. En: Revista Publicaciones Jurídicas Venezolanas, ponencia presentada durante el V Congreso Nacional de Estudiantes de Relaciones Industriales y IX Jornadas Académicas del Industriólogo, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, <http://www.zur2.com/fcjp/113/pre113.htm>, revisado el 26 de febrero de 2006.

¹³⁴ CARBALLO MENA, C. (1998).

empleo y ampliar la protección social y se modifican unos artículos del Código Sustantivo de Trabajo”, prevé en su artículo 1 la implantación de un sistema de protección social encaminado a crear condiciones de vida dignas para la población.

Parte del texto de dicho artículo es el siguiente:

“Artículo 1º. Sistema de Protección Social. El sistema de protección social se constituye como el conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y mejorar la calidad de vida de los colombianos, especialmente de los más desprotegidos. Para obtener como mínimo el derecho a: la salud, la pensión y al trabajo.

El objeto fundamental, en el área de las pensiones, es crear un sistema viable que garantice unos ingresos aceptables a los presentes y futuros pensionados.

En salud, los programas están enfocados a permitir que los colombianos puedan acceder en condiciones de calidad y oportunidad, a los servicios básicos.

El sistema debe crear las condiciones para que los trabajadores puedan asumir las nuevas formas de trabajo, organización y jornada laboral y simultáneamente se socialicen los riesgos que implican los cambios económicos y sociales. Para esto, el sistema debe asegurar nuevas destrezas a sus ciudadanos para que puedan afrontar una economía dinámica según la demanda del nuevo mercado de trabajo bajo un panorama razonable de crecimiento económico.

(...)”¹³⁵

Cabe destacar el contenido del cuarto inciso de la norma precitada, el cual establece que el sistema debe procurar la adaptación de los trabajadores a los cambios en los procesos productivos, además de reconvertir habilidades para mantener a la fuerza laboral en condiciones de empleabilidad. Para la consecución de sus fines, la Ley 789 de 2002 crea un Fondo de Protección Social administrado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, establece un régimen de subsidio al empleo para la pequeña y mediana empresa, así como también programas de microcrédito, normas de protección al desempleado y capacitación para la inserción en el mercado laboral, entre otras medidas.

Es necesario mencionar que, a nuestro criterio, la base sobre la cual descansa la promulgación de la Ley 789 de 2002 es la convicción del legislador colombiano de que,

si bien es cierto que hay que involucrarse en los procesos de externalización, ello no debería representar dejar en desprotección a los trabajadores. Además, consideramos que el mayor mérito de dicha normativa está en reconocer que se hace indispensable la acción coordinada por parte de diversas instituciones gubernamentales, toda vez que, aunado al tema de las normas laborales, hay que atender los aspectos de acceso a servicios de salud y pensiones.

A no dudarlo, muchos son los retos a los cuales se ve enfrentada nuestra disciplina, lo que promueve una discusión extensa a nivel doctrinal y jurisprudencial, acerca de las posibles vías que pudieran tomarse para conjugar armoniosamente los intereses de los empleadores, por una parte, y los derechos de los trabajadores, por la otra, dentro de un esquema social, político y económico tendiente al desarrollo en todos estos aspectos. Frente a este panorama, lejos de perder relevancia como disciplina jurídica, la misión que se presenta al Derecho del Trabajo reviste especial importancia y complejidad.

Lo cierto es que, en el contexto actual, la intervención del Estado en las relaciones laborales se manifiesta de varias maneras, a saber: como legislador; desempeñando las funciones propias de la administración del trabajo; dirimiendo, en ejercicio de la función jurisdiccional, los conflictos de trabajo; actuando como empleador; así como siendo actor en las relaciones internacionales concernientes a la materia laboral y conexas.¹³⁶ Por ello, resulta evidente el papel protagónico del Estado en las relaciones laborales, lo cual va mucho más allá de su rol como empleador directo, con sus correspondientes repercusiones en la economía nacional. Así, a raíz de las concepciones y razonamientos acerca del proceso de achicamiento del aparato estatal, la función del

¹³⁶ BARBAGELATA, H. (2002): p. 114.

Estado se ve magnificada en cuanto garante del correcto desenvolvimiento de las relaciones laborales

El Derecho del Trabajo formal cuya fuente es la actividad normativa estatal continua fiel a su naturaleza jurídica de Derecho social en tanto presupone la intervención estatal en las relaciones que se dan entre los particulares Dadas las circunstancias presentes en nuestra opinión le toca al Derecho laboral asumir los retos que le corresponden a fin de adaptar sus estructuras para conseguir una regulación apropiada y balanceada de las diversas formas en que actualmente se relacionan el capital y el trabajo Eso sí en apego a los preceptos constitucionales que rigen nuestra disciplina conforme a los cuales se fija una especial protección en beneficio de los trabajadores

II VIGENCIA DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO FRENTE A LA DESCENTRALIZACIÓN

El análisis de algunos de los principios del Derecho del Trabajo a la luz de su relación con la descentralización productiva resulta de obligada mención en el presente estudio Esto es así ya que muy frecuentemente se argumenta que el abastecimiento proveniente de fuente externa de productos y servicios integrantes del proceso productivo podría conllevar una afectación de ciertos derechos de los trabajadores emanados de los principios del Derecho del Trabajo

En el Derecho del Trabajo los principios generales informan la legislación laboral la cual encuentra su origen en la necesidad de alcanzar un equilibrio en el desenvolvimiento de las relaciones de trabajo Néstor De Buen hace unas interesantes reflexiones al respecto a propósito de como debe ser interpretado el sentido de la legislación mejicana dejando sentado que la misma () es protectora de la clase

trabajadora y pone a su disposición los instrumentos adecuados para obtener del patrón más prestaciones que en un análisis objetivo de costos y sin olvidar la plusvalía procuren a los trabajadores unos ingresos proporcionales a la riqueza que ellos generan con su trabajo. Equilibrio significa entonces proporcionalidad y medida, pero no actitud imparcial ni arbitraje del Estado ante dos contendientes de fuerzas niveladas.¹³⁷

Y es precisamente a través del equilibrio en las relaciones laborales que es posible alcanzar la justicia social, noción acerca de la cual la propia ley determina su contenido y alcance.¹³⁸ Si bien De Buen se enfoca primordialmente hacia la obtención de mejoras a la clase trabajadora, consideramos que en todo régimen democrático la idea de justicia social que debe prevalecer obedece al logro del bienestar de la población –en este caso de la población trabajadora– acompañado, eso sí, del desarrollo económico como producto de la inversión privada, siendo responsabilidad del Estado crear las condiciones propicias para que ello pueda darse.

A. CONSIDERACIONES EN TORNO A ALGUNOS PRINCIPIOS

A continuación pasamos a analizar algunos principios generales del Derecho del Trabajo, no sin antes advertir que no se pretende hacer un estudio exhaustivo acerca de los mismos. Antes bien, procuraremos examinar de qué manera podría la externalización productiva afectar la visión que se tiene de algunos de los principios del Derecho Laboral para luego hacer una reflexión en cuanto a su utilidad o eficacia a fin de orientar las normas laborales que regulan las nuevas formas de contratación.

1 PRINCIPIO PROTECTOR

¹³⁷ DE BUEN N (2001a) p. 80

¹³⁸ DE BUEN N (2001a) p. 83

Segun explica el Profesor Aménco Plá Rodríguez¹³⁹ el principio protector se refiere al criterio fundamental que orienta al Derecho del Trabajo el cual en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes de la relación laboral el trabajador Mientras que en el Derecho comun la constante es asegurar la paridad jurídica entre las partes el Derecho Laboral tiende a proteger a una de ellas para así alcanzar una igualdad real entre los contratantes Este principio se cristaliza en las reglas in dubio pro operario la norma más favorable y la condición más beneficiosa

De este modo la existencia del principio protector se remonta a las propias circunstancias de hecho que motivaron el surgimiento de nuestra disciplina ya que se planteó como necesaria la intervención del Estado con una función social para corregir las grandes inequidades que se presentaban en la relación capital trabajo

El principio protector posee manifestaciones tanto en el aspecto sustantivo como en el aspecto procesal del Derecho Laboral Sobre la pertinencia del principio protector en el Derecho Laboral sustantivo señala Rafael Alburquerque que () quíerese o no en sus etapas primitivas como en las actuales la tutela es consustancial al Derecho del trabajo cuya razón de ser es el desnivel económico en que se encuentran las partes que celebran un contrato de trabajo ¹⁴⁰

En el ámbito procesal por su parte el principio protector es definido por Mano Pasco Cosmópolis¹⁴¹ como la ruptura deliberada de la isonomía procesal la provocación de privilegios en favor de la parte mas débil de la relación jurídico-procesal que eliminen o al menos amortigüen el desequilibrio interpartes al provocar

¹³⁹ PLA RODRIGUEZ, A (1998) p 61

¹⁴⁰ ALBURQUERQUE R (1998) 'El principio protector' En XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social T II Editora Sibauste S A Panamá, p 87

¹⁴¹ PASCO COSMÓPOLIS M (1998) "El principio protector en el proceso laboral" En XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social T II Editora Sibauste S A Panamá, p

desigualdades de signo inverso. Este principio no es ajeno a los cuestionamientos que se hacen a las instituciones del Derecho del Trabajo debido a las corrientes de la flexibilización. Ante este debate concluye Pasco Cosmópolis que la aplicación del principio protector en el proceso laboral tiene plena vigencia precisando que. En su apanencia externa el principio protector pareciera entrar en conflicto o ser opuesto al principio contradictorio o de isonomía procesal. Profundizando en el análisis empero es válido considerar que en realidad uno y otro buscan lo mismo la igualdad de las partes sólo que el principio contradictorio la asume como premisa mientras que el protector la asume como resultado ¹⁴²

Se observa entonces que el principio protector fundamento del ordenamiento jurídico laboral se ve reflejado en las normas que regulan la contratación así como también en normas de procedimiento dirigidas a procurar al trabajador el acceso efectivo a la justicia siendo el legislador consciente de que el proceso es el arte de probar y que la posibilidad de aportar pruebas al proceso corresponde casi siempre al empleador.

No obstante se dice que las tendencias flexibilizadoras tienden a atenuar la efectividad del principio protector toda vez que al otorgar el orden legal una mayor libertad al empresario para adaptar la contratación a sus necesidades productivas se menoscaban garantías establecidas a favor de los trabajadores.

En opinión del Profesor alemán Peter Hanau el Derecho del Trabajo al igual que las demás ramas del Derecho responde a factores de tipo económico social y cultural. Destaca el autor que la fase actual en la cual se encuentra inmersa nuestra disciplina la postmodernidad se caracteriza por la multiplicidad en lugar de la uniformidad por la subsidiaridad en lugar de la jerarquía por la primacía de la unidad pequeña frente a la

¹⁴² PASCO COSMÓPOLIS M (1998) p 28

unidad grande Según el Profesor Hanau¹⁴³ la postmodernización del Derecho del Trabajo no implica invertir la jerarquía del esquema actual para dar prioridad a la voluntad de las partes contratantes sobre las leyes o los convenios colectivos Destaca Hanau que los dos grandes principios del derecho laboral moderno el principio de protección del trabajador y el principio de orden público en el sentido que las fuentes del Derecho deben ser conformes a las fuentes del Derecho con rango superior son imprescindibles también en la era postmoderna Explotación y caos no deben reemplazar la protección y el orden El objeto de un derecho laboral postmoderno no es el de demorar el edificio de las regulaciones legales y contractuales en el ámbito laboral sino hacer el derecho del trabajo más fácil elegante transparente y múltiple en otras palabras postmoderno Este desarrollo se refiere tanto al Derecho laboral colectivo como al Derecho laboral individual especialmente el Derecho del contrato de trabajo

Para el precitado autor una ruptura del convenio colectivo por el contrato individual o un pacto de empresa pudiera significar una infracción de las garantías internacionales y nacionales de la autonomía colectiva No obstante en cuanto a temas tan álgidos como la edad de retiro o la jornada de trabajo resulta cada vez más complicado que la legislación o el convenio colectivo sean aptos para determinar que es más favorable en un momento dado para un trabajador () El *Bundesarbeitsgericht* (Tribunal Federal de Trabajo) ya lo ha resuelto respecto a la cuestión de la edad y cada vez más iuslaboralistas opinan lo mismo sobre la jornada laboral Eso significa que la regulación colectiva de la edad de jubilación y la jornada laboral se puede prolongar o acortar mediante el contrato de trabajo () Dar al trabajador un derecho de elegir más amplio corresponde a un pensamiento postmoderno *In dubio pro libertate* debe ser el

¹⁴³ HANAU P (1996) "Principios del Derecho del Trabajo postmoderno En *El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa* VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Editorial Tecnos S A Madrid, pp 225 226

lema en este caso, o sea rupturas del convenio colectivo mediante contrato individual de trabajo deberían ser lícitas no sólo en el caso de que sean más favorables sino también en caso de que no sean claramente desfavorables.¹⁴⁴

Por lo anterior, en Alemania, la tendencia es a restringir la supremacía, antes absoluta, de los sindicatos y las convenciones colectivas por ellos negociadas sobre los comités de empresas y los acuerdos suscritos entre éstos y el sector empresarial.

Coincidimos con el razonamiento del Profesor Hanau, ya que estimamos que el Derecho Laboral no necesariamente debe ser visto desde la perspectiva de la balanza en donde una concesión para una parte importa, necesariamente, una disminución para la contraparte. Muy por el contrario, consideramos que al Derecho del Trabajo le es dable mantener su carácter protector, aun en el marco de la descentralización empresarial.

2. PRINCIPIO DE CONTINUIDAD

El principio de continuidad expresa la tendencia del Derecho del Trabajo de atribuirle la más larga duración a la relación laboral desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos¹⁴⁵ y, evidentemente, se establece en favor del trabajador. Uno de los inconvenientes –desde la perspectiva de los trabajadores– que comúnmente se menciona en relación con el *outsourcing* es que el mismo incide negativamente en el logro de la estabilidad laboral, vía la contratación por tiempo indefinido, la cual constituye una manifestación de este principio. No obstante, consideramos que la posible afectación al principio de continuidad de la relación laboral pudiera presentarse en cuanto a algunas de las modalidades de descentralización productiva, como son, la subcontratación o intermediación y el suministro de mano de obra.

¹⁴⁴ HANAU, P. (1996): p. 227.

¹⁴⁵ PLÁ RODRÍGUEZ, A. (1998): p. 220.

Primeramente es de aclararse que el recurso a la mano de obra temporal no implica *per se* que estemos en presencia de un proceso de descentralización productiva. Bien sabemos que la contratación de mano de obra temporal puede tener lugar con la intervención de un intermediario (agencia de colocación o empresa de trabajo temporal) pero también se da la contratación directa por tiempo determinado entre el trabajador y la empresa que recibe la prestación de sus servicios caso en el cual no es posible hablar de tercerización.

Con respecto a la contratación temporal puede observarse a su vez una proliferación de modalidades. Por ejemplo la Ley de fomento del empleo en el Perú (Decreto Legislativo num 728 de 1991 y sus modificaciones) contempla en su Título III una enumeración detallada de contratos sujetos a modalidad¹⁴⁶. Sobresale el contrato temporal por necesidades de mercado definido en el artículo 92 de dicha ley.

“Artículo 92 El contrato temporal por necesidades de mercado es aquel que se celebra entre un empleador y un trabajador con el objeto de atender incrementos coyunturales de la producción originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado aun cuando se trate de labores ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa y que no pueden ser satisfechas con personal permanente. Este puede ser renovado sucesivamente hasta el término máximo establecido en el artículo 108 de la presente ley.

En los contratos temporales por necesidades del mercado deberá constar la causa objetiva que justifique la contratación temporal.

Dicha causa objetiva deberá sustentarse en un incremento temporal e imprevisible del ritmo normal de la actividad productiva con exclusión de las variaciones de carácter cíclico o de temporada que se producen en algunas actividades productivas de carácter estacional.

Consideramos que se mantiene la impronta fundamental acerca de la justificación que debe necesariamente caracterizar al contrato por tiempo definido. No obstante

¹⁴⁶ Los artículos 88, 89 y 90 de la Ley de Fomento del Empleo clasifican los contratos sujetos a modalidad de la siguiente manera: contratos de naturaleza temporal (contrato por inicio o lanzamiento de una nueva actividad, contrato por necesidades del mercado y contrato por reconversión empresarial); contratos de naturaleza accidental (contrato ocasional, contrato de suplencia y contrato de emergencia); y contratos de obra o servicio (contrato específico, contrato intermitente y contrato de temporada). <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/40977/64960/S95PER01.htm#t3>, consultado el 6 de julio de 2005.

como es sabido ciertas actividades empresariales tienden a favorecer la existencia de contratos cuya duración va en relación directa con las necesidades especiales de su ciclo productivo. Tal es el caso del contrato intermitente que permite al empleador cubrir necesidades de actividades permanentes pero discontinuas de la empresa (artículo 98 de la Ley de fomento del empleo de Perú) o el contrato por temporada utilizado para cubrir necesidades propias del giro de la empresa que se presentan en determinadas épocas del año o bien determinada fase del ciclo productivo.

Como se ha mencionado el principio de continuidad se expresa en la preferencia de la legislación hacia la relación de trabajo de duración indefinida lo que también se observa en la legislación panameña si bien con algunas situaciones especiales introducidas en los últimos años. El legislador en principio confiere a la sucesión de contratos por tiempo definido el efecto de considerar la relación como indefinida. No obstante se estipulan algunas exclusiones a la regla con el fin de impulsar la inversión privada por medio de incentivos de tipo laboral (véase art. 77 del CT).

Una vez planteado esto ¿qué relación existe entre la descentralización productiva y una afectación al principio de continuidad? Para los Profesores Raffaële De Luca Tamajo y Adalberto Perulli la flexibilidad de la organización como elemento de la descentralización productiva conduce a la noción del marco temporal de la empresa lo que lleva a pensar en los efectos negativos de los procesos de descentralización en relación con la estabilidad en el empleo. Las razones de la causalización (*causalizzazione*) del trabajo son seguramente más complejas y van más allá de los límites de la descentralización productiva para adquirir connotaciones sistemáticas. Sin embargo no se puede excluir la existencia del vínculo evidente y consistente entre el desarrollo de los procesos de descentralización de la producción y el aumento del trabajo de duración limitada. Basta considerar que los vínculos que mantienen las

empresas que trabajan en régimen de coordinación mercantil o administrativa siempre presentan un carácter temporal en consecuencia es muy probable –por no decir absolutamente cierto– que las empresas auxiliares tiendan a no establecer relaciones laborales que duren más de lo que dura el vínculo que les une a la empresa principal ¹⁴⁷

De lo anteriormente expuesto colegimos que la participación de la agencia privada de colocación –como se le denomina en nuestro país– o empresa de trabajo temporal debe ser analizada tomando en consideración las diferentes posibilidades de intermediación que se muestran. Por una parte en su faceta de servicio de colocación –consistente en propiciar el encuentro de empleador y trabajador– la agencia actúa como mero facilitador de acuerdo con las instrucciones dadas por la empresa que requiere de los servicios de colocación. En este caso pudiera solicitarse la contratación tanto para plazas permanentes como eventuales. Por otra parte cuando la agencia de colocación asume el rol de empleador proporcionando el servicio de suministro de mano de obra temporal podemos encontrar diversas situaciones. El trabajador puede ser contratado por la agencia para la ejecución de un contrato de trabajo específico o bien puede formar parte de la planilla permanente de la empresa de trabajo temporal y ser prestado de una empresa a otra. En el primer supuesto existe claramente una relación por tiempo definido. En el segundo evento el trabajador pudiera ostentar una

¹⁴⁷ Los autores se apoyan en varias estadísticas para sustentar su criterio.

En España, la tasa de temporalidad se sitúa hoy en día por encima del 30% de la fuerza de trabajo globalmente empleada mientras en países como Italia, en donde estos datos son relativamente bajos y de todas formas inferiores a la media europea, una encuesta llevada recientemente por el más influyente de los institutos estadísticos (Rapport Istat, marzo 2006) señaló que la mitad de los jóvenes que entraron en el mercado de trabajo en el último semestre de 2005 fueron contratados mediante contratos de trabajo temporal. El aumento del empleo temporal es todavía más visible aunque con características distintas, en Gran Bretaña y en EEUU en donde el trabajo ocasional es el sector del mercado de trabajo con mayor crecimiento y en donde aun en ausencia de contratos de trabajo temporal el principio de *employment at will* significa que por lo general todo empleado puede ser despedido en cualquier momento. Entre los muchos estudios efectuados sobre este tema se puede citar la *Current Population Survey* (CPS) del departamento del Trabajo que ha registrado una reducción drástica de la permanencia en empresa en el periodo comprendido entre 1983 y 2002 para todos los trabajadores masculinos de más de 20 años, con la baja más significativa para los mayores de 45 años.

DE LUCA TAMAJO R. y PERULLI A (2006) p 17

relación de carácter indefinido con la agencia de colocación prestando sus servicios a diversas empresas clientes de la agencia

Con respecto a la subcontratación o intermediación vale decir que apreciamos de acuerdo con la lectura de nuestra legislación –artículos 77 y 77 A del CT– claras implicaciones prácticas en torno a la duración de la relación de trabajo. Si dentro de una empresa una plaza permanente es eliminada para ser sometida a un proceso de externalización muy probablemente la empresa satélite sea una sociedad nueva a la cual le sea aplicable el contenido del artículo 77 A. El resultado concreto sería que un trabajador por tiempo indefinido pudiera ser reemplazado en sus funciones por un trabajador temporal. Más aun podríamos estar hablando de la misma persona física quien habiendo concluido su relación laboral pasa a prestar los mismos servicios en régimen de *outsourcing* bajo la forma de la subcontratación.

Empero volvemos a resaltar que estas particularidades se presentan sólo en ciertos tipos de externalización ya que no observamos una vinculación directa entre la temporalidad en la ocupación y modalidades como la filialización y la franquicia. De modo tal que al pretender determinar cuáles son las repercusiones de la deslocalización productiva en el aumento del empleo temporal consideramos que la influencia de la una sobre el otro es relativa atendiendo siempre a los muy variados matices que adopta la tercerización.

3 PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD

Ligado al tema de la contractualidad o contratación un aspecto que invita a la reflexión acerca de la vigencia de las instituciones fundamentales del Derecho del Trabajo es la atipicidad o precariedad fenómeno que alude a determinadas categorías de trabajadores –las cuales van en aumento– que gozan de una protección menor que lo que suele llamarse el común de los trabajadores. Adicionalmente está el aspecto

del trabajo informal, el cual comprende en nuestro país una parte importante de la población económicamente activa, y engloba al universo de personas excluidas de la aplicación de las normas laborales.

El principio de la primacía de la realidad significa que, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.¹⁴⁸ Esta noción se convierte así en un punto de referencia a partir del cual determinar la validez o no de las formas contractuales atípicas. Lejos de perder su vigencia, el principio de primacía de la realidad es, pues, una herramienta indispensable para establecer si se está ante una relación laboral o, por el contrario, una relación de trabajo autónomo o independiente.

Además de ello, el principio de la primacía de la realidad siempre ha sido útil al momento de establecer cuáles son las verdaderas condiciones de trabajo por las que ha de regirse la relación de trabajo, en caso que surjan discrepancias entre los contratantes.

4. PRINCIPIO DE IGUALDAD

La igualdad en el trabajo implica básicamente que, a trabajo realizado en igualdad de condiciones, corresponde idéntica remuneración. De igual forma, esta idea conlleva que todo trabajador tiene derecho a no ser objeto de discriminación en función de sexo, raza, religión ni ninguna otra condición.

El artículo 10 del CT consagra el principio de igualdad de salario, así:

“Artículo 10.- Se garantiza el principio de igualdad de salario. A trabajo igual al servicio del mismo empleador, desempeñado en puesto, jornada, condiciones de eficiencia, y tiempo de servicio iguales, corresponde igual salario, comprendido en éste los pagos ordinarios y extraordinarios, las percepciones, gratificaciones,

¹⁴⁸ PLÁ RODRÍGUEZ, A. (1998): p. 313.

bonificaciones, servicios y cualquiera sumas o bienes que se dieren a un trabajador por razón de la relación de trabajo.” (Lo subrayado es nuestro)

Ahora bien, la tercerización comporta en muchos casos, que trabajadores realizando idénticas funciones perciben distinta remuneración económica y que, por el hecho de formar parte o estar contratados por empresas diferentes, el principio de igualdad de salario resulta inaplicable.

Por ello, es vital que el enfoque en cuanto a competitividad y prácticas gerenciales óptimas haga énfasis o trate de crear conciencia en el empresario acerca de que, dentro de un proceso de descentralización, lo medular debe ser el ahorro de los costos industriales, es decir, el valor añadido o *know how* que aporta el prestador de servicios externo, las ventajas comparativas y la especialización tecnológica, en lugar del mero ahorro de costos laborales por vía de la inadecuación del principio de igualdad a las circunstancias.

B. PERSPECTIVAS

En cuanto a la utilidad y vigencia de los principios del Derecho del Trabajo, diversos son los puntos de vista que se presentan en la doctrina. Un sector plantea que los principios del Derecho del Trabajo fueron concebidos para la organización fordista-taylorista, en donde se da una unidad triple –de espacio (ya que el trabajo se da en una empresa determinada), de acción (ya que existen funciones bien definidas del trabajador) y de tiempo (ya que el trabajo se da de modo continuado en un horario regular)–, por lo que no resultan aplicables al sistema descentralizado de producción¹⁴⁹.

Frente a ello, hacemos nuestro el criterio del maestro Américo Plá Rodríguez al señalar que, desde su nacimiento, el Derecho del Trabajo ha mostrado ser flexible en

¹⁴⁹ VENEZIANI, B. En: METALLO, M. (2000): “Los principios del Derecho del Trabajo y el proceso de descentralización”. En: GRUPO DE LOS MIÉRCOLES, XXV Aniversario (2000) *Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo*, 1ª Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, p. 26.

gran medida Plá Rodríguez defiende la vigencia de los principios del Derecho del Trabajo dejando sentado que dichos principios por su propia naturaleza y por su función tienen una capacidad de adaptación y de ajuste a diversas realidades por lo cual muy al contrario de lo que suele pensarse resultan particularmente aptos para conducir y acompañar los intentos legítimos de flexibilización ¹⁵⁰

Destaca el jurista uruguayo que hay que saber extraer de la riqueza potencial de los principios toda la savia que puedan tener para engendrar distintos modelos prácticos o para funcionar dentro de ambientes diferentes. Se debe cumplir así una atenta inteligente y perseverante labor de creatividad y adaptación para que esos principios sigan operando y funcionando en circunstancias distintas incluso adversas o difíciles como son las de nuestro tiempo. El Derecho del Trabajo señala Plá Rodríguez como toda rama jurídica no debe ser estático ni quedar congelado. El Derecho del Trabajo menos que ninguna ya que está en estrecho contacto con la vida real y por consiguiente es particularmente sensible a las exigencias del mundo de los hechos sin que por ello cambie su finalidad su razón de ser ni sus líneas directrices es decir que no debe modificar ni mucho menos abandonar sus principios sino seguir fiel a ellos aplicándolos en forma adecuada a la época y a las realidades efectivas que se presentan en cada momento ¹⁵¹

Es así que en cuanto a los retos que enfrenta el Derecho del Trabajo es innegable la necesidad de adaptación de las instituciones jurídicas de nuestra disciplina. Antonio Vázquez Vialard plantea que () No se trata de delinear el derecho que quiero sino el que es posible. Para ello es necesario saber identificar los problemas y asignarles el rol que juegan los cambios que se dan —más allá de nuestras preferencias

¹⁵⁰ PLA RODRIGUEZ A (1998) pp 55 57

¹⁵¹ PLÁ RODRÍGUEZ A (1998) pp 58 59

en el orden cultural, político, ideológico, técnico, así como los valores prevalentes (o su ausencia) en la vida comunitaria y en la propia gestión de las empresas y de las diversas asociaciones profesionales vinculadas a la representación de los intereses de los interlocutores sociales. Se trata de establecer las bases de una inserción real del Derecho del Trabajo en la realidad dinámica de la vida (no en una vida inalcanzable), en otras palabras, no en una visión antropológica equivocada.¹⁵²

Desde una perspectiva orientada hacia las oportunidades que puede otorgar la apertura económica, el ex presidente chileno Ricardo Lagos opina que la flexibilidad del mercado de trabajo "expresa la noción de que las políticas de empleo deben adaptarse a las variaciones del ciclo económico y al cambio tecnológico"¹⁵³.

La flexibilidad del mercado de trabajo puede adoptar varias formas, a saber: flexibilidad de los costos laborales, flexibilidad numérica y flexibilidad funcional. La flexibilidad de los costos laborales viene a ser el grado de sensibilidad de los salarios nominales y los costos no salariales a las variaciones de las condiciones económicas en general (por ejemplo, inflación, productividad, relación de intercambio, demanda) y el desempeño de las distintas empresas. Por consiguiente, la idea envuelve dos elementos: costos salariales y costos no salariales. Costo salarial es la remuneración bruta pagada a los asalariados. Los costos no salariales o indirectos son las contribuciones o cargos obligatorios pagados por el empleador (por ejemplo, beneficios complementarios, impuestos sobre nóminas, seguros de indemnización a los trabajadores, etc.).

¹⁵² VÁSQUEZ VIALARD, A. (1998): "Desafíos actuales al Derecho del Trabajo". En: XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, T. I, Editora Sibauste, S.A., Panamá, p. 11.

¹⁵³ LAGOS, R. (1994): "Qué se entiende por flexibilidad del mercado de trabajo?". En: Revista de la CEPAL No. 54, diciembre de 1994, Santiago de Chile, p. 83.

La flexibilidad numérica comprende, a su vez, dos aspectos: la flexibilidad numérica externa, referida al ajuste de la fuerza de trabajo, en cuanto representa la capacidad de las empresas de ajustar la cantidad de trabajadores a su servicio, ya sea aumentándola o disminuyéndola, con el fin de responder a las variaciones de la demanda o, bien, a los cambios tecnológicos. Por su parte, la flexibilidad numérica interna comprende una amplia variedad de aspectos, entre ellos: la fijación de horas de trabajo normales o máximas por semana, mes o año, forma de trabajo escalonado, organización de las horas extraordinarias y del tiempo libre compensatorio, el trabajo fuera de horarios autorizados (durante fines de semana) y el ingreso a la fuerza de trabajo o salida de ésta por jubilación. La flexibilidad funcional dice relación con la capacidad de una empresa para utilizar eficazmente su fuerza de trabajo variando la labor que desempeña ante modificaciones en el volumen de trabajo y las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías¹⁵⁴.

Recordemos que la descentralización constituye una manifestación del principio de libertad de empresa o iniciativa económica, consagrado en ordenamientos jurídicos de rango constitucional. Sin embargo, ello no tiene por qué entrar en contradicción con el desarrollo social que puede llevar aparejado una apropiada normativa laboral. Por ejemplo, la Constitución italiana, en su artículo 41¹⁵⁵, consagra este principio y destaca

¹⁵⁴ Véase LAGOS, R. (1994): pp. 84-89.

¹⁵⁵ "Article 41 [Freedom of Enterprise]

(1) *Private economic enterprise is free.*

(2) *It may not be carried out against the common good or in a way that may harm public security, liberty, or human dignity.*

(3) *The law determines appropriate planning and controls so that public and private economic activities may be directed and coordinated towards social ends."*

Artículo 41 [Libertad de Empresa]

(1) La actividad empresarial privada con fines lucrativos es libre.

(2) La misma no debe ser desarrollada en contra del bien común o de forma tal que pueda lesionar la seguridad pública, la libertad o la dignidad humana.

(3) La ley definirá la planificación y los controles apropiados de modo que las actividades económicas públicas y privadas sean dirigidas y coordinadas hacia fines de carácter social.

que la empresa privada debe cumplir con su función social. Al mirar la situación de Italia vemos que es un país altamente industrializado.

Por su parte, en la Constitución española el artículo 38 reconoce la libertad de empresa dentro del sistema capitalista como sigue:

Artículo 38

Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.¹⁵⁶

En Argentina, el Capítulo Primero de la Primera Parte de la Constitución Nacional, "Declaraciones, derechos y garantías",¹⁵⁷ también alude a la libertad de empresa:

La libertad de empresa viene a ser, pues, un pilar fundamental de los regímenes democráticos actuales, por lo cual se incluye comúnmente en el contenido de las constituciones políticas.

De todo lo expuesto podemos concluir que los principios del Derecho del Trabajo conservan efectivamente su vigencia, toda vez que, como brújula al navegante, indican a nuestra disciplina su norte y le permiten conservar el rumbo propuesto como Derecho social, que es lo que no constituye impedimento para la adaptación de las normas laborales a fin de regular adecuadamente la organización productiva actual.

III LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN LABORAL

A TRABAJADORES

En este punto abordaremos algunos tópicos de interés relativos a la figura del trabajador como parte de la relación individual de trabajo en el marco de la

(La traducción es nuestra)

¹⁵⁶

¹⁵⁷

2006

Consultado el 7 de noviembre de 2006
Consultado el 9 de noviembre de 2006

Consultado el 9 de noviembre de

descentralización empresarial. Iniciaremos haciendo algunos señalamientos sobre las nociones de "relación de trabajo" y "trabajador", lo que resulta básico en el análisis de las actuales modalidades de contratación. De igual forma, se plasman algunas acotaciones sobre la posición del trabajador cuando la externalización se produce a nivel internacional, y cuáles son las alternativas que plantean algunas legislaciones, en caso que el trabajador se manifieste en desacuerdo con un proceso de tercerización.

1. LA TRANSFORMACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

A partir de la definición de relación de trabajo plasmada en el artículo 62 del CT, Murgas Torrazza y Torres De León¹⁵⁸ identifican cuatro elementos para determinar la existencia de la relación de trabajo, a saber: prestación personal de servicios a una persona o empresa; subordinación jurídica; dependencia económica, como criterio auxiliar o complementario, cuya existencia y demostración, en caso de duda, determina que la relación se califique como laboral; y salario, como una consecuencia de los elementos anteriores.

Vemos pues, que, en toda relación laboral, la figura del trabajador está constituida por una persona natural, existiendo de por medio una remuneración por los servicios prestados por el trabajador. Ahora bien, ambos elementos se encuentran presentes en la relación de trabajo, si bien, no son exclusivos de ésta. El presupuesto fundamental para que pueda constituirse una relación laboral viene a ser, en nuestro país, la subordinación jurídica, apoyada por la dependencia económica como criterio supletorio.

En opinión del Profesor Héctor-Hugo Barbagelata, trabajador es quien trabaja en condiciones de subordinación jurídica. No obstante, Barbagelata plantea que es posible hacer una distinción entre la noción de trabajador en sentido amplio y en sentido

¹⁵⁸ MURGAS TORRAZZA, R y TORRES DE LEÓN, V. (2002): p. 19.

restringido. Según el autor, puesto que el trabajo es la materia regulada por el sistema de normas conocido como Derecho del Trabajo, quienes desarrollan las actividades definidas de esta forma, son los sujetos originales del Derecho Laboral. En su acepción lata, válida en nuestra disciplina, *trabajador* es todo aquél que aplica sus energías corporales o intelectuales, en los términos oportunamente analizados, o dicho más sencillamente, todo aquel que *trabaja*. Pero *trabajadores* en sentido restringido, son quienes se encuentran en una *relación de trabajo*. Vale decir que en Derecho Laboral, cuando se emplea la palabra *trabajador*, sin calificación alguna, se quiere referir a quienes prestan un servicio bajo subordinación, dentro de una *relación de trabajo*, expresión que se puede considerar sinónima de *personal*.¹⁵⁹

Aunada a la subordinación, la dependencia es el otro elemento determinante de la relación laboral. En el terreno de las relaciones individuales de trabajo, se traduce en que el trabajador depende económicamente de la empresa para la cual presta servicios.

De acuerdo con el esquema de relacionamiento en cuanto a la prestación personal de servicios en el contexto del *outsourcing*, cabe preguntarse: ¿Cómo quedan los presupuestos de la relación laboral en relación con las formas actuales de contratación?

El Profesor Humberto Villasmil¹⁶⁰ plantea que tres son las situaciones en las cuales se enmarca el estado actual de las relaciones de trabajo y la tendencia a la desregulación laboral. En primer lugar, lo que el profesor Martín Valverde denominó el *retorno discreto al arrendamiento de servicios* para caracterizar una suerte de *huida* del Derecho del Trabajo, que viene a cuento cada vez que surge la pregunta sobre si éste regula a cada vez menos trabajadores. Un segundo dato es que el *social-tipo* o *paradigma contractual* de tiempo fijo, estable en su permanencia y remuneración y de

¹⁵⁹ BARBAGELATA, H. (2002): p. 112.

¹⁶⁰ VILLASMIL PRIETO, H. (2004): *Nuevas Formas de Contratación Laboral: Un Marco Teórico*, ponencia leída ante el IX Congreso Centroamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ciudad de Guatemala, 4-5 de marzo de 2004.

jornada completa, comienza a dar paso a otras formas de contratación. Ello apareja un tercer dato o efecto: la tendencia a la *deslaboralización* de la prestación de servicios por cuenta ajena.

Y es que las formas actuales de contratación para la prestación personal de servicios parecen no ajustarse a los criterios establecidos legalmente para la configuración de la relación de trabajo, por lo que el trabajo dependiente –entendido como la prestación personal de un servicio en condiciones de subordinación jurídica o de dependencia económica- queda, en muchas ocasiones, fuera del alcance del Derecho Laboral. En este escenario, no vemos problema alguno si el cambio redunda en beneficio de ambas partes, viendo el prestador de servicios o pequeño empresario incrementados sus ingresos. Sin embargo, una de las secuelas más negativas que pueden tener lugar es la tendencia a la informalidad.¹⁶¹

Tomando como base la idea de “economía informal”, un ejemplo de tendencia a la informalidad a raíz de la deslocalización productiva se observa en el teletrabajo, en donde el servicio se presta a distancia del beneficiario. Por ello, puede no haber una supervisión física que actúe como reflejo de la subordinación jurídica. No obstante, bien puede existir una clara dirección del trabajo, evidenciada en la supervisión “en línea”, sujeción a procedimientos, términos para entrega de reportes, etc. Esto conlleva que,

¹⁶¹ Con respecto a la problemática de la informalidad en el empleo, es oportuno hacer una breve distinción terminológica, puesto que la noción de “sector informal” ha caído en desuso para dar paso a la idea de “economía informal”.

En cuanto a la utilización de los términos “sector informal” y “economía informal”, la Resolución de la Conferencia Internacional del Trabajo del 2002, relativa al trabajo decente y a la economía informal, estableció que era preferible utilizar el término “economía informal”, toda vez que los trabajadores y las empresas en cuestión no entran en ningún sector específico de la actividad económica, sino que atraviesan muchos de ellos. La resolución en comentario también indicó que el término “economía informal” comprende todas las actividades económicas realizadas por trabajadores o unidades económicas que están –en Derecho o en la práctica- no cubiertas o insuficientemente cubiertas por arreglos formales. Sus actividades no están cubiertas según la ley, lo cual significa que operan fuera del alcance formal de la legislación; o, bien, no se encuentran cubiertos en la práctica, es decir, aunque se desenvuelven dentro del alcance formal de la regulación legal, la ley no les es aplicada.

DAZA, J. L. (2005): p. 5.

por un lado, pueda pactarse un contrato de servicios profesionales, en lugar de un contrato individual de trabajo; por otro lado, si el teletrabajador no logra establecerse formalmente como trabajador independiente o autónomo –asumiendo las consecuentes cargas fiscales y de seguridad social-, caerá en la informalidad y, con ello, puede que se le dificulte elevar, e incluso mantener, su nivel de vida.

Así las cosas, en el contexto actual de descentralización de la producción, acompañada por las tendencias de la flexibilización, lo más conveniente sería retomar todos los elementos de la relación de trabajo para valorarlos en su conjunto, a la luz de la normativa legal vigente. Lo anterior, realizando una evaluación de las actuales modalidades de prestación de servicios, en concordancia con la situación concreta de cada trabajador. De este modo, la solución que arroje el análisis sería razonable y apegada a la realidad, para determinar si, en un caso particular, estamos o no en presencia de una relación de tipo laboral.

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL PRINCIPIO DE IGUALDAD

En páginas anteriores se ha hecho referencia al principio de igualdad, a propósito de la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Ahondando en la noción de igualdad en el trabajo desde la perspectiva de las relaciones laborales de carácter individual, Néstor De Buen plantea, con respecto a la legislación mejicana, que "(...) el beneficio que alcance un trabajador en sus condiciones de salario, habrá de extenderse a los demás trabajadores de la empresa que cumplan un trabajo igual, lo que constituye una de las raíces más importantes de la tesis de la dinámica de la relación de trabajo cuya transformación resulta, en ocasiones, ajena a la voluntad de las partes."¹⁶² (Lo resaltado es nuestro)

¹⁶² DE BUEN, N. (2001b): *Derecho del Trabajo*, T. II, 15ª Edición actualizada, Editorial Porrúa, México, pp. 149-150.

La igualdad de salario, proyectada hacia la igualdad de condiciones de trabajo, integra, eso sí, un concepto más generoso y justo. Debe tomarse en cuenta también que igualdad de trato no significa uniformidad. Por ello, son conocidas las reglamentaciones sobre aspectos de diferenciación salarial como, por ejemplo, la remuneración por productividad. Tal es el caso de la Ley No. 101 de 30 de diciembre de 1974, "Por la cual se dictan disposiciones relacionadas con las primas de producción en la actividad de la construcción". Asimismo, el artículo 5 de la Ley No. 1 de 17 de marzo de 1986, "Por la cual se dictan disposiciones laborales para promover el empleo y la productividad, y se adoptan otras normas", que modificó el artículo 142 del CT, contempla el pago de primas complementarias, comisiones y participación en utilidades cuando el salario fuese pactado por unidad de tiempo (mes, quincena, semana, día u hora).

Ahora bien, el principio se refiere a trabajadores de una misma empresa. Colegimos entonces que, en el *outsourcing*, la noción de igualdad de salario parece no encontrar sustento. Siendo ello así, ¿cuál es la situación de los trabajadores que, bajo la figura del *outsourcing*, prestan a una empresa los mismos servicios que su personal interno? Los trabajadores externalizados pueden, en un momento dado, realizar un trabajo de igual valor al ejecutado por un trabajador de planta y, no obstante, no gozar de los beneficios que suponen la pertenencia a la empresa que percibe sus servicios. Así, el trabajador de la empresa satélite pudiera estar percibiendo una remuneración inferior al rango salarial establecido para la empresa principal. Además, podría verse excluido de condiciones y beneficios adicionales diseñados para los colaboradores internos, por ejemplo, incentivos de fin de año, seguros de hospitalización y vida, premios, etc. En esta medida, aunque el principio de igualdad en el trabajo no resulte

aplicable, no puede negarse que, en la práctica, se genera una situación apartada de la equidad.

Más allá de las normas legales de protección del salario, en otras legislaciones ya se observan disposiciones tendientes a garantizar la igualdad de salario y condiciones de trabajo en el marco de la descentralización empresarial. Ejemplos de ello son Perú y Venezuela, los cuales pasamos a explicar brevemente.

En Perú, las cooperativas de trabajadores, según las modificaciones a la legislación adoptada en 1991, están autorizadas para proporcionar trabajadores que se desempeñen de modo permanente en las labores ordinarias y complementarias de la empresa usuaria. A partir de julio de 1995, tales cooperativas están obligadas a reconocer a sus socio-trabajadores o trabajadores, los mismos o mayores beneficios y condiciones de trabajo que correspondan a los trabajadores que prestan labores análogas en la empresa usuaria, además de estar afectas a todas las aportaciones sociales y tributos.

Contrariamente, en Panamá, si bien la Ley No. 17 de 1 de mayo de 1997 regula la actividad de las cooperativas, no se contempla la equiparación de salarios entre los socios de una cooperativa de trabajo, o los trabajadores de la misma, y la empresa beneficiaria de los servicios que ofrece la cooperativa. Antes bien, los socios de las cooperativas de trabajo resultan excluidos de la aplicación de la legislación laboral. Tampoco se estipula en Panamá un tope a la utilización de trabajadores de cooperativas en una empresa.

Por su parte, en Venezuela, se considera como intermediario a la persona que, en nombre propio, o en beneficio de un tercero, utilice los servicios de uno o más trabajadores. En tales casos, tanto éste como la persona que utiliza los servicios se consideran empleadores. Sin perjuicio de ello, el intermediario es responsable de las

obligaciones que a favor de esos trabajadores se derivan de la ley y de los contratos y el beneficiario responde solidariamente con el intermediano cuando le hubiere autorizado expresamente para ello o recibiere la obra ejecutada. Se establece además que los trabajadores contratados por intermedianos disfrutan de los mismos beneficios y condiciones de trabajo que correspondan a los trabajadores contratados directamente por el empleador beneficiario. No se considera como intermediano –por lo que no se compromete la responsabilidad laboral del beneficiario de la obra al contratista es decir aquella persona natural o jurídica que mediante un contrato se encarga de ejecutar obras o servicios con sus propios elementos lo cual no resulta aplicable cuando la actividad del contratista es inherente o conexa con la del beneficiario de la obra o servicio. Las obras o servicios ejecutados por contratistas para empresas mineras y de hidrocarburos se presumen conexas o inherentes con la actividad del beneficiario¹⁶³

Interesante es apreciar en el caso del *outsourcing* a través de la intermediación o subcontratación el detalle al que llega el legislador venezolano. En nuestro país aunque existen disposiciones legales relativas a esta figura no existen referencias a la igualdad de remuneración entre trabajadores de la empresa principal y los de la empresa satélite. Tampoco se considera el tipo de actividad de las empresas como factor determinante para establecer la calidad de contratista y el surgimiento de responsabilidades solidarias.

3 LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA A NIVEL INTERNACIONAL Y LAS RELACIONES INDIVIDUALES DE TRABAJO

Las implicaciones de la deslocalización productiva a nivel internacional son variables con respecto a los trabajadores. El análisis puede hacerse al menos en dos vías o de

¹⁶³ CIUDAD A (2002) pp 44-45

acuerdo con dos supuestos. Por una parte está la empresa transnacional que llega a un determinado país y contrata mano de obra nacional. De otro lado tenemos el caso del trabajador que se traslada para laborar en un país que no es el propio. En este último supuesto se distinguen a su vez varias situaciones. Existen los trabajadores altamente calificados contratados por empresas multinacionales o admitidos en el marco de contingentes nacionales para hacer frente a la falta de personal calificado. En la otra cara de la moneda el caso de los hombres y mujeres que buscan simplemente mejorar sus situación económica a través de un mejor empleo y por ello emigran a otras latitudes. Ello no resulta en absoluto novedoso siendo que el hombre permanentemente va en búsqueda de oportunidades que le permitan acceder a mejores condiciones de vida.

En el caso de la empresa multinacional que se instala en un país para contratar mano de obra local tenemos que en Panamá el empleador extranjero debe regirse en sus relaciones laborales por la ley nacional es decir la ley del país en donde establece operaciones. Este es el principio de territorialidad de la ley laboral contenido en el artículo 2 del CT. Y es que tanto la CP como el CT contienen regulaciones encaminadas a proteger la mano de obra local. El texto del artículo 69 constitucional es el siguiente:

Artículo 69. Se prohíbe la contratación de trabajadores extranjeros que puedan rebajar las condiciones de trabajo o las normas de vida del trabajador nacional. La ley regulará la contratación de Gerentes, Directores Administrativos o Ejecutivos, técnicos y profesionales extranjeros para servicios públicos y privados asegurando siempre los derechos de los panameños y de acuerdo con el interés nacional.

En cumplimiento de la norma precedente el CT contiene disposiciones de protección al trabajador nacional en sus artículos 17 a 20.

Con respecto al trabajador panameño que presta servicios en el extranjero el CT contiene disposiciones relativas a la protección del trabajo al regular la contratación de

panameños para trabajar fuera del territorio nacional (artículos 98 a 103 del CT). La normativa enunciada contiene requisitos y limitaciones a las empresas extranjeras que contraten los servicios de panameños. Las presentes regulaciones legales cubren, en realidad, apenas una parte de lo que en la práctica sucede en el mercado laboral. Bien puede darse que una empresa netamente panameña cuente con personal panameño, y que el mismo sea enviado al extranjero, tanto temporalmente como de modo permanente, para prestar sus servicios a otra empresa, de la cual el empleador panameño es contratista, caso en el cual no existe forma de asegurar que el trabajador panameño tendrá la misma remuneración y condiciones de trabajo que los trabajadores de la empresa beneficiaria de sus servicios.

¿Cuál vendría a ser, entonces, la posición en que quedan los trabajadores profesionales a consecuencia de la descentralización productiva? Se observa que la empresa encarga a terceros cada vez más segmentos productivos en relación, no tan sólo con las fases meramente auxiliares de la actividad principal, sino también cada vez más funciones centrales y delicadas muy cercanas al corazón del proceso productivo primario (*core business*). Debido a esta tendencia, el núcleo de trabajadores estables no siempre representa el corazón profesional de la empresa, así como sucede con los gabinetes profesionales en los que los únicos asalariados subordinados desempeñan funciones de secretariado, en tanto que los profesionales operan como *partners* o consultores.¹⁶⁴ Por tanto, la deslocalización abarca, no solamente funciones típicamente complementarias, tales como servicios de limpieza y vigilancia, sino que llega incluso a los niveles gerenciales.

¹⁶⁴ DE LUCA TAMAJO, R. y PERULLI, A. (2006): pp. 4-5.

Así, se acuñan en los Estados Unidos de América expresiones como *staff sharing* y *staff leasing* o *employee leasing*¹⁶⁵, en donde el ordenamiento jurídico prevé el suministro de mano de obra por un plazo indeterminado. El *Fair Labor Standards Act* (FLSA) establece el salario mínimo y la duración de la jornada, aplicable para arrendamiento de trabajadores. Aunque se reconoce plenamente la validez de esta figura, se salvaguarda el derecho del trabajador a demandar de la empresa usuaria el pago de sus derechos, en caso de incumplimiento de la empresa de arrendamiento de trabajadores.

Es innegable que el flujo de mano de obra a nivel internacional va en aumento en virtud de los procesos internacionales de *outsourcing*, con consecuencias importantes a nivel económico y social. Debido a ello, se aprecian en los tratados de libre comercio capítulos laborales con disposiciones sobre trabajadores migrantes, ya que resulta crítico en el contexto de la descentralización a nivel internacional, que el movimiento migratorio se dé de la forma más ordenada posible, procurando adecuadas condiciones laborales para quienes emigran, sin que las economías nacionales se vean afectadas negativamente por la mano de obra inmigrante.

4. EL DERECHO DE OPOSICIÓN DEL TRABAJADOR

Diversas son las reacciones que pueden presentarse a lo interno de una empresa inmersa en un proceso de descentralización productiva. ¿Qué sucede cuando un

¹⁶⁵ El arrendamiento de trabajadores se da cuando empleados laboran para una firma de arrendamiento que supe a un grupo de trabajadores, con frecuencia, un departamento entero, a una compañía cliente conocida como firma usuaria. Los trabajadores arrendados están obligados a acatar las reglas de trabajo y regulaciones estipuladas por la compañía usuaria para la cual los servicios están siendo provistos. Aunque los empleados arrendados le reportan directamente a la firma usuaria, reciben su salario y beneficios de la firma de arrendamiento. Los trabajadores arrendados por lo general no trabajan en un solo lugar de trabajo por más de un periodo de tiempo estipulado ya que, una vez que un trabajo específico ha sido llevado a cabo, son asignados para laborar en otra compañía cliente.

(La traducción es nuestra)

Véase STONE, K. (2006): "*Legal Protections for Workers in Atypical Employment Relationships in the United States*". En: *XVIII Congrès Mondial de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale: Rapports Nationaux*, 5-8 de septiembre de 2006, CD, París, p. 3.

trabajador que se verá afectado no está de acuerdo con las medidas adoptadas por su empleador? Las legislaciones nacionales plantean diversas soluciones cuando se presenta esta situación. Algunas legislaciones prevén expresamente el derecho de oposición, otras lo contemplan en determinadas circunstancias y, en otros casos, los ordenamientos jurídicos niegan este derecho. Repasemos las disposiciones legales que al respecto existen en otros países, principalmente de Europa.

En Alemania, el asalariado implicado en los procesos de externalización, ciertamente está protegido por un derecho de oposición. El derecho de oposición o *Widerspruchrecht* está basado en que se considera que, cuando el empleador no es libremente elegido por el trabajador, este hecho presupone una lesión contra la dignidad humana y perjudica el libre desarrollo de la persona del asalariado. Por ello se establece que el trabajador, durante el mes siguiente a la comunicación de su transferencia, puede manifestar su desacuerdo con la medida. Según la jurisprudencia consolidada de la BAG, la posibilidad se traduce en el derecho del asalariado a continuar laborando para su empleador original sin perjuicio, no obstante, del derecho del empleador a licenciar al trabajador con base en razones económicas organizacionales no vinculadas a la transferencia.

En España, el legislador exige, en caso de una transferencia parcial de la empresa, la existencia –como mínimo– de una unidad productiva autónoma, es decir, en la interpretación jurisprudencial, una entidad dotada de bastante autonomía organizacional y de capacidad de beneficio autónomo idónea para constituir por sí misma una entidad socio-económica de producción. Al contrario, la transferencia de elementos aislados e insuficientes con el objetivo de continuar la actividad no cumple.

con los requisitos del artículo 44 ET excluyendo este supuesto de hecho del ámbito de la transferencia ¹⁶⁶

En Austria desde 1993 la ley alude expresamente a hipótesis específicas en las cuales el asalariado puede oponerse a la transferencia de la relación laboral cuando el cesionario no está dispuesto a asumir las cargas que se derivan de una eventual garantía de la estabilidad en el empleo contenida en la convención colectiva de la empresa cesionista o las obligaciones derivadas de las normas que prevén el derecho a un fondo de pensiones de la empresa. La oposición del asalariado da como resultado que su relación laboral se mantiene con la empresa originaria. Además, en los casos en que el convenio colectivo del cesionario implica una degradación considerable de las condiciones de trabajo, el trabajador tiene derecho a dar por terminada la relación laboral con preaviso y con derecho a indemnización por licenciamiento.

No obstante los casos antes planteados, por lo general la existencia de un derecho de oposición a favor de los trabajadores se resuelve de manera negativa en las legislaciones, es decir, que el mismo no se reconoce expresamente en los ordenamientos jurídicos. La única posibilidad de manifestación de desacuerdo se plantea en el artículo 4 línea 2 de la directiva [77/187], la cual indica que si el contrato de trabajo se rescinde por el trabajador debido al desmejoramiento de las condiciones laborales en virtud de un proceso de externalización, la rescisión se considera como culpa del empleador. En Italia, la jurisprudencia y la doctrina dominantes van en ese sentido, en función de lo dispuesto por el artículo 2112 del Código Civil, según el cual el asalariado para quien las condiciones de trabajo sufren una sustancial modificación en los tres meses después de la transferencia puede presentar su dimisión con los efectos

¹⁶⁶ DE LUCA TAMAJO R. y PERULLI A. (2006) p. 43

previstos por el artículo 2119 del Código Civil (imputación de responsabilidad al empleador).

En Francia, en el caso de un cambio de contratante formal, los contratos de trabajo se mantienen frente al nuevo empleador, con base en el artículo L 122-12 del Código de Trabajo, sin que los trabajadores puedan oponerse. El asalariado sólo puede aceptar o dimitir. Si rechaza la medida, ello no tiene efecto hasta que no dimita. Más aun, el empleador originario no puede decidir licenciar a un trabajador que rechace la transferencia. Este licenciamiento está privado de efecto. La ruptura por parte del trabajador no le otorga derecho a indemnización. Únicamente tiene derecho al reintegro en la empresa del cesionario y al mantenimiento de su contrato de trabajo.

En Japón, se prevé que en el contrato de cesión debe constar el nombre de los trabajadores transferidos, y sólo después de su acuerdo es posible proceder a la transferencia. Sin embargo, en ciertos casos, la jurisprudencia admite la legitimidad de la transferencia en ausencia del contrato de cesión y del consentimiento de los asalariados, entendiendo que puede deducirse del comportamiento de las partes la voluntad de transferir, además de la actividad, a los empleados en el negocio objeto de cesión.¹⁶⁷

El derecho de oposición del trabajador a la descentralización empresarial se fundamenta, en todo caso, en el respeto a la libertad contractual y el rechazo a la mercantilización del trabajo¹⁶⁸. Coincidimos con ello, ya que toda relación laboral debe nacer de la libre voluntad de los contratantes. Por lo general, el empleador elige a su trabajador, y éste, a su vez, acepta el trabajo basado en ciertas condiciones, no solamente de tipo económico, sino referidas a las características propias del empleador.

¹⁶⁷ DE LUCA TAMAJO, R. y PERULLI, A. (2006): p. 57.

¹⁶⁸ DE LUCA TAMAJO, R. y PERULLI, A. (2006): pp. 55-56.

Es así que, en el ámbito de la Unión Europea, la directiva del Consejo No. 2001/23/CE, en lo que concierne al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de transferencia de empresa, de establecimiento, de parte de empresa o parte de establecimiento indica que los destinatarios de las protecciones previstas son *los trabajadores de la empresa cedente en la fecha de la transferencia*. Según el artículo 2 de la directiva 23/2001, trabajador es toda persona perteneciente al Estado miembro interesado que está protegido como tal por el derecho nacional del trabajo, precisando que la directiva misma no perjudica el derecho nacional en lo que concierne a la definición del contrato de trabajo y de la relación laboral.¹⁶⁹ Para estos efectos, un claro ejemplo de presunción legal a favor de la existencia de la relación de trabajo se encuentra en la legislación holandesa.¹⁷⁰

Luego entonces, en los Estados miembros de la UE, podemos decir que la protección a los trabajadores en relación con la externalización se enfoca en dos aspectos fundamentales: que se garantice que las posiciones subjetivas sean transferidas al cesionario y, por otro lado, que la transferencia *per se* no sea considerada como un motivo válido de despido. Se procura así el mantenimiento del

¹⁶⁹ DE LUCA TAMAJO, R. y PERULLI, A. (2006): p. 44.

¹⁷⁰ "(...) Consciente de la inestabilidad inherente a las relaciones de trabajo atípicas o flexibles, el *flexibility and security act* holandés de 1998 planteó el objetivo de mejorar la posición jurídica del asalariado 'on call' o temporal (*temporary agency workers*). Si la directiva comunitaria [directiva 91/383/CEE] se dedica a definir como ilegítima la exclusión de estos salariables de su campo de aplicación, sin reforzar esta disposición con otros instrumentos de protección, el legislador holandés, de manera más realista, intenta introducir criterios concretos de protección de los trabajadores flexibles, que son los primeros que pierden su trabajo en caso de una transferencia. De hecho, el FSA modificó el código civil holandés introduciendo una norma que contiene una presunción legal. Cuando una persona trabaja, mediante retribución, para un empleador más de tres meses consecutivos, por lo menos 20 horas semanales al mes, se presume que esta persona es titular de un contrato de trabajo y entra en el campo de aplicación de la legislación nacional y comunitaria sobre la transferencia de empresa. La presunción legal se vincula al rigor de la definición del legislador holandés, que se refiere al contrato de trabajo, y no a las amplias relaciones de trabajo utilizadas por la directiva, lo que implica que los *small engagements*, relaciones de trabajo no formalizadas, no están protegidos en el caso de una transferencia cuando el empleador niega la existencia de un contrato de trabajo."

DE LUCA TAMAJO, R. y PERULLI, A. (2006): p. 44.

empleado en su puesto de trabajo, operando en Europa una suerte de sustitución patronal.

Nótese que en todos los países a que se ha hecho referencia, la descentralización presupone directamente la transferencia de trabajadores de la empresa principal. Es decir, se entiende que serán los antiguos trabajadores de la empresa, quienes continuarán prestándole servicios bajo una nueva forma contractual. Ciertamente, la transferencia origina gran incertidumbre cuando se da en virtud de un proceso de externalización, lo cual pudiera derivar en una suerte de alteración sustancial de las condiciones de trabajo pactadas.

En Panamá, la situación no se presenta de igual forma. Ello, porque la figura que comúnmente se utiliza es la terminación de la relación laboral por mutuo acuerdo, con el subsiguiente inicio de una nueva relación con la empresa tercerizada.

Es de resaltar que la descentralización productiva por vía de la transferencia de derechos y obligaciones laborales a un cesionario es un derecho propio del empresario, que no está subordinado al consentimiento del trabajador. Es por esto que, si bien son saludables las disposiciones legales que contemplan el derecho de oposición que asiste a los trabajadores para manifestarse en desacuerdo con las medidas adoptadas por el empleador, ello no resulta en una incompatibilidad con la facultad final del empleador de realizar una transferencia de trabajadores por la vía de la sustitución patronal.

B. EMPLEADORES

El análisis de la figura del empleador resulta por demás interesante en torno a los procesos de descentralización empresarial. Precisamente, todo el fenómeno es el resultado de la transformación de la estructura del empresario-empleador. Por ello, en las siguientes páginas expondremos algunas ideas en cuanto a cómo se nos presenta

la configuración del empleador, relacionada con nociones clásicas en el Derecho del Trabajo, como son la intermediación, el grupo económico y la responsabilidad patronal.

1. EL INTERMEDIARIO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA EXTERNALIZACIÓN

La intermediación laboral ha sido siempre un tema de importancia para el Derecho del Trabajo, por lo que la preocupación a este respecto ha sido constante en el seno de la OIT. Es así que, en los últimos años, se ha venido discutiendo la posible adopción de normas sobre el trabajo en régimen de subcontratación, sin que, hasta la fecha, se haya producido el consenso necesario para ello en la Conferencia Internacional del Trabajo. En todo caso, los nuevos instrumentos estarían dirigidos a garantizar una adecuada protección a los trabajadores en régimen de subcontratación, promoviendo una política de igualdad de trato entre estos trabajadores y aquellos que sí tienen una relación de trabajo reconocida con la empresa usuaria.¹⁷¹

El tema es abordado de distinta manera en cada legislación, pero, a nivel de América Latina, se aprecia un esfuerzo legislativo por que la regulación abarque de manera adecuada las tendencias del mercado de trabajo. Repasemos el contenido de algunas de esas legislaciones, incluyendo lo que establece nuestro CT.

"En Bolivia, la legislación vigente señala que se consideran como empleadores a los intermediarios en la explotación de empresas y negocios. Así, el término empleador comprende a los que proporcionan trabajo no sólo por cuenta propia, sino ajena, para la ejecución o explotación de una obra o empresa. Se admite además el denominado contrato de enganche, reservándose el Estado la facultad de actuar como intermediario a través de servicios gratuitos de colocación."¹⁷² En ese país se acepta, entonces, la

¹⁷¹ CIUDAD, A. (2002): *Reformas laborales y procesos de integración en los países de la OEA: 1980 – 2000*, 1ª Edición, OIT, Lima, p. 42.

¹⁷² CIUDAD, A. (2002): p. 43.

intermediación como forma de suministro de mano de obra reconociendo al intermediario la calidad de empleador

En Colombia el Código Sustantivo de Trabajo legisla sobre los denominados simples intermedianos y establece que son las personas que contratan los servicios de otros para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador. Se consideran como simples intermedianos aunque aparezcan como empresarios independientes las personas que coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador para beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas al mismo. La legislación colombiana establece la responsabilidad solidaria del dueño de la obra —a menos que se trate de labores ajenas a su giro normal de actividades— con el contratista por el valor de los — salarios, prestaciones e indemnizaciones a los trabajadores.

En cuanto a las empresas de servicios temporales en Colombia se establece una vasta regulación de la materia cubriendo múltiples aspectos del funcionamiento de las mismas, a saber: determinación de las circunstancias específicas en las cuales pueden contratarse sus servicios, duración máxima de la contratación, escalas de remuneración y beneficios complementarios; se instituye la prohibición de prestación de servicios a empresas usuarias con las cuales exista vinculación económica, al igual que se prohíbe prestar servicios a empresas usuarias cuyos trabajadores se encuentren en huelga; además de una supervisión estrecha por parte del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (referida a solicitudes de autorización de funcionamiento y rendición de informes).¹⁷³

¹⁷³ CIUDAD A (2002) p. 43

Para determinar si el intermediano ostenta o no la condición de empleador y en quién recaen las responsabilidades por incumplimiento de las obligaciones del empleador en Colombia se prescinde de las formas contractuales utilizadas antes bien se atiende al examen de los hechos que gobiernan la relación tales como la condición de exclusividad en la prestación de servicios del intermediano la ajenidad de sus medios de producción y el tipo de actividad que desarrollan tanto el intermediano como la empresa usuaria

En Ecuador se establece que los intermedianos que contraten personal para que presten servicios en labores habituales dentro de las instalaciones bodegas anexos y otros servicios del empleador son solidariamente responsables de toda obligación para con el trabajador Se estipula que los trabajadores que presten servicios a órdenes de intermedianos incluyendo a aquellos que desempeñan labores discontinuas pagadas a jornal por tanfa o destajo participarán en las utilidades de las empresas en beneficio de las cuales ejecuten su trabajo

Con respecto a la modalidad de trabajo a domicilio la legislación ecuatoriana prescribe que los intermedianos que den o encarguen trabajo en estas circunstancias son considerados empleadores siendo indiferente que suministren o no materiales y útiles o que fijen el salario a destajo por obra o en otra forma¹⁷⁴ Vemos pues que el legislador ecuatoriano procura que las condiciones de remuneración sean equitativas en régimen de subcontratación estableciendo además en favor del trabajador la responsabilidad solidaria de las empresas involucradas

El caso de Uruguay resulta particularmente interesante al estudio en el plano jurisprudencial toda vez que un reciente fallo Sentencia No 54 de 9 de octubre de

¹⁷⁴ CIUDAD A (2002) pp 43-44

2001- del Juzgado Letrado de Río Branco, Uruguay¹⁷⁵, atribuyó al Estado, en su calidad de contratista, responsabilidad subsidiaria en relación con el pago de prestaciones laborales. La jurisprudencia comentada en la precedente cita se basó en la Ley núm. 10.449 de 12 de noviembre de 1943, que crea los consejos de salarios e instituye su

¹⁷⁵ "Legitimación pasiva del Ministerio de Salud Pública. En relación a este punto las actoras manifestaron en su escrito de demanda que 'las comparecientes en su totalidad cumplían tareas remuneradas para la empresa demandada y para el Hospital de Río Branco (MSP), en su calidad de contratista, en el rubro de limpieza del referido centro asistencial. El Hospital de Río Branco, se encuentra legitimado para ser demandado en virtud de su calidad de contratista, de conformidad al art. 3 de la Ley No. 10.449'.

Por su parte, el Ministerio de Salud Pública opuso la excepción de falta de legitimación pasiva argumentando que 'los demandantes en estas actuaciones no tuvieron ningún vínculo laboral ni funcional con el Ministerio' y que 'el hecho de que la empresa para la cual trabajaban las reclamantes cumpliera tareas para el Ministerio no legitima a los actores para promover una demanda contra el mismo, son situaciones completamente independientes y como tal deben ser resueltas'. Asimismo, aduce el MSP que el art. 3 de la Ley No. 10.449 no rige para la actividad pública y solamente es aplicable a las relaciones existentes entre sujetos privados.

La codemandada MSP reconoce pues, que las accionantes trabajaban para una empresa que cumplía tareas para el Ministerio. (...)

De la prueba testimonial recibida en autos, (...) queda probado que las actoras cumplían las tareas de limpieza dentro del Hospital por medio de la empresa de la Sra. G.M. (...)

Surge plenamente probado que la codemandada Empresa G.M. fue contratada por las autoridades del Hospital de Río Branco del MSP, por su Director Dr. E.C. y por el Administrador, D.R. para que la referida empresa se hiciera cargo de los servicios de limpieza de dicho centro hospitalario por el que se efectuaron pagos.

En consecuencia, aún cuando no se haya cumplido con todas las formalidades legales de un proceso licitatorio, el Ministerio de Salud Pública (Hospital de Río Branco) fue receptor y se benefició del trabajo desarrollado por las accionantes, por lo que no puede desconocer la responsabilidad subsidiaria que como 'patrono' que utiliza subcontratistas o intermediarios le atribuye el art. 3 de la Ley No. 10.449 por el pago de los 'salarios mínimos fijados', concepto éste que debe interpretarse como deudas de naturaleza salarial conforme a los mínimos garantizados por la ley.

En tal sentido, en el trabajo efectuado por Rosana Rossi y Gustavo González Rabelino, 'Tercerización: Dos acciones directas contra el Estado' en Cuarenta y dos estudios sobre La Descentralización Empresarial y El Derecho del Trabajo, pág. 143: 'Al destinatario indirecto, al receptor final del trabajo empleador pero tercero ajeno a la relación laboral, efectiva y no simuladamente desvinculado de la misma, es a quien la norma erige como responsable subsidiario de las obligaciones salariales de su contratante. Pues bien, la inserción del estado empleador, 'patrono o empresario', dentro de los alcances subjetivos de la norma no parece pasible de cuestionamientos. Dentro de un sistema constitucional que recepciona, en la mejor y más moderna doctrina, la idea de un 'derecho general del trabajo' planeando sobre subordinados públicos y privados, el Estado (persona pública mayor y administraciones descentralizadas) emerge, lejos de ficciones dualistas, como auténtico e incuestionable empleador. Y dentro de ese marco constitucional referido al trabajo y su protección igualitaria, se materializa la disposición en examen, que al no distinguir, veda hacerlo a su intérprete'.

(...)

Por consiguiente, no se hará lugar a la excepción opuesta por el Ministerio de Salud Pública de falta de legitimación pasiva, correspondiendo su responsabilidad subsidiaria de acuerdo a lo establecido en el art. 3 de la Ley No. 10.449."

FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA (2003): Anuario de jurisprudencia laboral 2001, (Directores: Alejandro Castello y Martha Márquez Garmendia), 1ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, pp. 436-437.

régimen, con existencia de cajas de compensación. Dispone esta ley en su artículo tercero la obligación subsidiaria del contratista principal respecto del salario mínimo del personal del subcontratista. La norma estipula textualmente lo siguiente:

"Artículo 3º.- Todo patrono o empresario que utilice subcontratistas o intermediarios permanecerá, no obstante, obligado subsidiariamente al pago de los salarios mínimos fijados.

Todo trabajador a destajo debe percibir una remuneración que permita a un obrero de condiciones normales, alcanzar el salario mínimo en una jornada de ocho horas diarias o en cuarenta y ocho horas de labor semanal."

Las implicaciones de una corriente jurisprudencial de este tipo devienen importantísimas, toda vez que es el Estado el mayor contratista de servicios externos. Además, no hay que olvidar que en Uruguay, al igual que en nuestro país, el Estado está sustraído del cumplimiento de la normativa laboral. Se extiende aquí la legitimación pasiva al aparato gubernamental, al margen de situaciones de encubrimiento, simulación o fraude laboral, ya que, como mencionamos, es el Estado el que, por excelencia, recurre a contratistas para la prestación de servicios y ejecución de obras.

En Panamá, el CT estipula en su artículo 89 que el intermediario es la persona que contrata los servicios, o interviene en la contratación, de otra u otras personas para llevar a cabo un trabajo en beneficio de un empleador. En su segundo inciso, la norma separa la condición de intermediario de la de empleador, contratista o subcontratista, siendo estos últimos quienes contratan personal para prestar un servicio en beneficio directo de un tercero, con recursos propios. La solidaridad entre la empresa usuaria y el contratista o subcontratista se configura cuando el servicio objeto de subcontratación guarda relación con el giro principal de actividades de la primera.

Cabe citar en este punto los artículos 90, 94 y 95 del CT, cuyo tenor es el siguiente:

"Artículo 90.- Tratándose de empresas que ejecuten trabajos de manera exclusiva o principal para el beneficio de otra empresa, ésta y no aquella será

reputada como empleador de todos los trabajadores que presten sus servicios a la primera pero ambas serán solidariamente responsables por todas las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores

Artículo 94 Se prohíben los arreglos contratos y combinaciones mediante los cuales una persona o empresa proporcione a otra una parte o todos los trabajadores que necesite para su funcionamiento manteniendo la primera su condición de empleador En caso de violación de esta norma se aplicará lo dispuesto en el artículo 90 sin perjuicio de la sanción que corresponda

Artículo 95 No obstante lo dispuesto en el artículo anterior previa autorización del Ministerio de Trabajo y Bienestar Social se permitirá el funcionamiento de empresas que se dediquen a proporcionar a sus propios trabajadores para que presten servicios a las empresas que tengan necesidad de utilizarlos temporalmente por periodos que no excedan de dos meses bajo su inmediata dirección y de conformidad con las siguientes reglas

- 1) El salario mínimo que deben recibir los trabajadores será el más alto fijado en el distrito respectivo
- 2) Las empresas que utilicen los servicios de los trabajadores serán solidariamente responsables con la empresa empleadora por los salarios prestaciones e indemnizaciones correspondientes al período en que en cada ocasión utilicen sus servicios
- 3) Los actos de la persona o empresa beneficiaria del servicio en perjuicio del trabajador se reputarán como actos propios del empleador para todos los efectos legales

El Ministerio de Trabajo y Bienestar Social queda facultado para reglamentar esta disposición y velará porque a través de estas empresas no se eludan las disposiciones sobre colocación de los trabajadores

El artículo 90 dispone como pauta para que surja la responsabilidad solidaria que la empresa beneficiaria de los servicios sea el único o principal cliente del contratista o subcontratista Por otra parte el artículo 94 prohíbe expresamente que mediante un acuerdo una empresa proporcione a otra una parte o la totalidad de su personal

A nuestro criterio estas dos normas se constituyen en un freno para el desarrollo del *outsourcing* en Panamá tal como se plantea la figura en regiones más desarrolladas pese a la excepción detallada en el artículo 95 En cuanto al artículo 90 antes citado habría que preguntarse cuál es la injerencia que puede tener una empresa usuaria en el número de clientes que posea su abastecedor de servicios Con respecto al artículo 94 hay que poner de relieve que el contrato de *outsourcing* es básicamente un acuerdo mediante el cual una empresa facilita a otra mano de obra manteniendo la

primera su condición de empleador. Consideramos que según este artículo para conocer si el contrato es válido sería necesario precisar si los trabajadores son indispensables para el funcionamiento. Esto nos lleva al terreno de la subjetividad lo que no resulta en absoluto favorable para el empresario al momento de elaborar el diseño de su organización.

Por su parte el artículo 95 es el que en definitiva autoriza directamente el suministro de mano de obra aunque de carácter temporal. Situando el contenido del artículo en una balanza podríamos decir que a favor de los trabajadores el legislador establece la solidaridad de las empresas en cuanto al pago de prestaciones a la vez que brinda protección al trabajador (ordinal 3º) previendo que la relación laboral se desenvuelve dentro de la empresa usuaria. No obstante no se garantiza el principio de igualdad de salario ya que la ley alude al salario mínimo legal no así al rango salarial propio de la empresa beneficiaria de los servicios.

Habiendo planteado sucintamente la situación de algunas legislaciones latinoamericanas encontramos algunas incompatibilidades en relación con la forma en que se desarrolla la descentralización empresarial en los países desarrollados en los cuales el recurso al *outsourcing* es mayormente utilizado. El proceso de descentralización productiva se desarrolla hasta darle a la gran empresa ya no un papel esencialmente de producción directa sino de gestión de mercado de investigación y de innovación de *general contractor* es decir de mera coordinación de los resultados productivos de las otras empresas subcontratadas.¹⁷⁶ Así las redes organizacionales (*networks*) se constituyen mediante relaciones comerciales de tipo contractual que vinculan diversas empresas jurídicamente independientes.

¹⁷⁶ DE LUCA TAMAJO R. y PERULLI A. (2006) p. 4

No obstante, los sistemas del *common law* si reconocen la responsabilidad de la empresa principal o usuaria (*principal enterprise*) con respecto a los asalariados del contratista o las empresas afiliadas (*contrator o affiliated companies*). Esto puede darse en cuanto a los riesgos vinculados al entorno de trabajo o, bien, en el caso de grupos de empresas en las cuales –como se verá más adelante– el juez puede levantar el velo corporativo y cualificar dos o más empresas formalmente independientes como empleadores asociados (*associated employers*).¹⁷⁷

Refirámonos a la figura de la transferencia de empresas ya que, a través de ella, se llega a la intermediación o subcontratación. Diversos ordenamientos jurídicos en Europa contemplan disposiciones sobre la transferencia de empresas u otras modificaciones de la base legal o jurídica de una empresa o parte de ella, en el contexto de la externalización.

"Una definición general, o mejor dicho, global, de la transferencia de toda o parte de empresa, válida para todos los sistemas jurídicos, puede expresarse más sintéticamente, en términos más descriptivos que normativos como una *cesión de una entidad/actividad económica por parte de un sujeto que ejercía antes esta actividad de manera interna, a otro sujeto, que adquiere su gestión*. En caso de que lo que se cede sean simple [sic] funciones de empresa o partes de actividad, tal forma de externalización se acompaña frecuentemente de una sucesiva readquisición por parte del cedente del servicio o de la entidad cedida anteriormente ejercida dentro de la empresa, por el esquema de '*la externalización intra moenia*'. "¹⁷⁸

Recientemente el Parlamento del Reino Unido adoptó el *transfer of undertakings (protection of employment) regulation 2006*, que ejemplifica, con respecto al

¹⁷⁷ DE LUCA TAMAJO, R. y PERULLI, A. (2006): p. 8.

¹⁷⁸ DE LUCA TAMAJO, R. y PERULLI, A. (2006): pp. 32-33.

outsourcing, algunos supuestos de transferencia de empresa (*service provision change*), en los cuales las actividades antes gestionadas por un sujeto (*client*) pasan a ser gestionadas por otro sujeto (*contractor*) en beneficio del primero (*client*). El Código de Trabajo de la República Checa distingue la transferencia de empresa o parte de ella, regulada y definida como 'liquidación de empresa', es decir, venta de todo o parte de la empresa, de la transferencia de tareas y actividades (*tasks and activities*), en donde el término *task* está considerado como producción de bienes o desarrollo de servicio, o cualquier otra actividad similar.¹⁷⁹

La aludida transferencia de empresas nos hace pensar en lo que conocemos como sustitución del empleador o sustitución patronal, regulada en el artículo 14 del CT:

"Artículo 14.- Toda alteración en la estructura jurídica o económica de la empresa, o la sustitución del empleador, se regirá por las siguientes reglas:

1. La alteración o la sustitución no afectarán las relaciones de trabajo existentes, en perjuicio de los trabajadores.
2. Sin perjuicio de la responsabilidad legal entre ambos, conforme el derecho común, en todo caso el empleador sustituido será solidariamente responsable con el nuevo empleador, por las obligaciones derivadas de los contratos o de la ley, nacidas antes de la fecha de la sustitución y hasta por el término de un año, contados a partir de la fecha de notificación a que se refiere el ordinal siguiente. Concluido este plazo, la responsabilidad subsistirá únicamente para el nuevo empleador.

(...)

5. En ningún caso afectarán los derechos y acciones de los trabajadores, ni alterarán la unidad del empleador, el fraccionamiento económico de la empresa en la que presten sus servicios, ni los contratos, arreglos o combinaciones comerciales que tiendan a disminuir o distribuir las responsabilidades del empleador.

(...)"

La norma precitada pudiera encontrar aplicación en los casos en que el empresario decida ejecutar la externalización por vía de la sustitución patronal. Esto es así, toda vez que la tercerización comporta una alteración en la estructura empresarial, tanto jurídica, en cuanto a relaciones laborales, como económica, con respecto al

¹⁷⁹ Véase DE LUCA TAMAJO, R. y PERULLI, A. (2006): pp. 33-34.

diseño de la empresa. Sumado a ello, uno de los efectos obvios de la descentralización es la distribución de responsabilidad patronal.

Con respecto al régimen de responsabilidad solidaria y su aplicación a los procesos de descentralización empresarial, es necesario hacer una acotación. Cuando el *outsourcing* se da a través del mecanismo de transferencia de empresa o sustitución patronal, esta figura jurídica comporta una responsabilidad solidaria entre el empleador originario y el nuevo empleador, cuya extensión varía obviamente de un sistema jurídico a otro. Este hecho adquiere mayor relevancia cuando hablamos de descentralización empresarial en el ámbito internacional.

() La base jurídica para el funcionamiento de las empresas que componen los sistemas de producción global sigue siendo nacional, con un cierto grado de armonización, por ejemplo, en los Estados miembros de la Unión Europea. Las empresas multinacionales pueden elegir hasta cierto punto el sistema jurídico más adecuado para la localización de las diferentes actividades. Así, una oficina en un paraíso fiscal podría ser un lugar adecuado para declarar los beneficios que serían imponibles en otro país. Las deficiencias en los sistemas internacionales de contabilidad permiten ocultar las prácticas corruptas. A pesar de las discusiones celebradas en diversos foros desde hace décadas, sigue resultando difícil llegar a un acuerdo sobre el establecimiento de normas jurídicas globales exhaustivas sobre las inversiones extranjeras ni sobre la política de competencia. Resulta también muy difícil llegar a un consenso sobre cuestiones específicas, ya que los diferentes países tienen diferentes prioridades en cuanto a la selección de las cuestiones que requieren consideración.¹⁸⁰

En la UE, la directiva 2001/23 dispone en su artículo 3.1 la facultad para los Estados miembros de prever que el cesionario, después de la fecha de la transferencia

¹⁸⁰ OIT (2004b), p. 23.

sea responsable con el cesionario por las obligaciones vencidas antes de ésta. Con base en la directiva, cada Estado miembro implementa su regulación en cuanto al tema. Así, en España, el artículo 44.3 del Estatuto de los Trabajadores señala un límite temporal de tres años de responsabilidad solidaria a partir de la fecha de la transferencia que vincula al cesionista y al cesionario con respecto a obligaciones anteriores a la fecha de la transferencia. En Panamá, la responsabilidad solidaria se extiende por el término de un año, contado a partir de la notificación a los trabajadores de la medida.

2. REFLEXIONES SOBRE LOS GRUPOS ECONÓMICOS

La noción clásica de empleador, patrón o empresario refiere a quien puede dirigir la actividad laboral de un tercero que trabaja bajo su dependencia y en su beneficio mediante retribución¹⁸¹, pudiendo ser el empleador una persona natural o una jurídica, en tanto que el trabajador resulta ser siempre una persona natural.

Con respecto a la figura del empleador, y a cuento de la relación que existe entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Mercantil, se dio una tendencia a la expansión del primero, en perjuicio de las relaciones civiles o mercantiles, intentando superar el Derecho laboral las disposiciones mercantiles y romper la fórmula de la personificación, civil o mercantil, del sujeto dador de trabajo, para entender que éste puede estar constituido por la unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios¹⁸². Este ejercicio se ha dado comúnmente en el campo jurisdiccional, por lo que abundan los pronunciamientos sobre el tema. Uno de ellos es la jurisprudencia uruguaya que a continuación se resume (Sentencia No. 44 de 18 de mayo de 2001 del Juzgado Letrado de Trabajo 1º):

¹⁸¹ POZZO, J. (1961). En: DE BUEN, N. (2001a): p. 502.

¹⁸² DE BUEN, N. (2001a): pp. 125-126.

"(...) La construcción teórica del conjunto económico en nuestro país ha sido la obra de la doctrina y la jurisprudencia juslaboralista, sin perjuicio de su consagración en las normativas comercial, tributaria y de seguridad social (...) se prescinde de la personería jurídica haciendo recaer la responsabilidad por las obligaciones originadas en un vínculo de trabajo en una de las sociedades o en algunas de las personas vinculadas en el conjunto entendiendo que el deudor es el grupo en sí mismo cuyo patrimonio está integrado por el patrimonio de todas las personas que lo integran (...) No se requiere la comprobación de maniobras fraudulentas o de ejercicio abusivo de la firma societaria para perjudicar a terceros. En su actitud más generalizada la jurisprudencia exige la prueba de circunstancias objetivas de la que deriva la existencia de un conjunto económico. Entre esas circunstancias se han señalado entre otras, la coincidencia de domicilio donde funcionan las empresas, la identidad de giros, la coincidencia de las personas de los directores (...) la alternancia o empleo sucesivo de personal entre las mismas (...)"¹⁸³

La situación actual de los conglomerados económicos, en cambio, presenta nuevos matices.

En primer lugar, al hablar de la existencia de los grupos de empresas o sociedades, resulta obligante hacer referencia a una tendencia relacionada denominada "concentración de empresas"¹⁸⁴ la que, a su vez, está sujeta a una conceptualización distinta, dependiendo de si se habla en términos económicos o en términos jurídicos. Desde la primera perspectiva, la concentración es toda operación por la cual una o más empresas pierden su independencia económica (a veces incluso su personalidad jurídica), quedando sometidas a la dirección unitaria de otra ya existente o de una nueva, bien mediante una fusión completa, bien en virtud de una participación financiera dominante o a través de directivos comunes o, bien, por contrato de traspaso o transferencia de la gestión efectiva del negocio. Por otro lado, desde una visión jurídica, el análisis de la estructura se desdobra, en primer lugar, entre formas típicas o directas (*de iure*) y formas atípicas o indirectas de concentración (*de facto*).¹⁸⁵

¹⁸³ FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA (2003): p. 53.

¹⁸⁴ TERRADILLOS ORMAETXEA, E. (2000): p. 63.

¹⁸⁵ TERRADILLOS ORMAETXEA, E. (2000): p. 64.

Las concentraciones de empresas están estrechamente ligadas con el asunto de la libre competencia, ya que suponen una importante acumulación de capitales. El Reglamento (CE) No. 139/2004 del Consejo de la Unión Europea de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones de empresas, establece el "Régimen Comunitario de Concentraciones", dirigido a tratar de garantizar que los procesos de reestructuración empresarial no provoquen distorsiones en el mercado de la Unión Europea y que se mantenga la competencia abierta. El texto del reglamento al respecto es del siguiente tenor:

"(20) Es preciso definir el concepto de concentración de forma que abarque las operaciones que den lugar a un cambio duradero en el control de las empresas afectadas y, por tanto, en la estructura del mercado. En consecuencia, resulta adecuado incluir también en el ámbito de aplicación del presente Reglamento las empresas en participación que ejerzan de forma duradera todas las funciones propias de una entidad económica autónoma. Es preciso, además, considerar como una sola concentración transacciones estrechamente conectadas por estar relacionadas mediante condición o adoptar la forma de una serie de transacciones sobre títulos mobiliarios realizadas en un plazo razonablemente corto de tiempo."

El Reglamento hace, pues, referencia a la intención de que la estructura productiva sea duradera en el tiempo. Esto, como un elemento diferenciador con respecto a las alianzas empresariales para el logro de objetivos específicos, las cuales son asociaciones de carácter temporal.

La concentración de empresas y la descentralización empresarial se presentan, a primera vista, como fenómenos contrarios. Sin embargo, el resultado de ambos procesos es una modificación en la dimensión de las empresas que forman parte de ellos. En la concentración de empresas, que importa la concentración de activos y pasivos, el resultado no siempre va a ser un crecimiento. Antes bien, las empresas pueden reducir su volumen, lo mismo que ocurre con la deslocalización productiva. En suma, se busca en ambos casos encontrar la dimensión empresarial óptima que facilite

la obtención de economías de escala (el coste medio del producto se reduce) y la reducción del riesgo inversor.¹⁸⁶

Como apunta la Profesora Edurne Terradillos, "(...) normalmente los «grupos de empresas» se erigen en el punto de llegada de un proceso de concentración económica; aseveración que no contradice que el grupo se revele también como resultado del proceso inverso de «descentralización», de manera que se consiente que las sociedades del grupo gobiernen fases del proceso productivo que, en un pasado, fue asumido por completo por una única sociedad. De ahí que se haya puesto de manifiesto que, en realidad, se produce una verdadera desconcentración de grandes sociedades (...)."¹⁸⁷ Se aprecia entonces la íntima relación que existe entre la concentración de empresas y la descentralización productiva, toda vez que la última, puede constituir una fase o etapa dentro de los proyectos de concentración de compañías.

Como notas características de los grupos de empresas, se menciona en la doctrina la relación de dependencia entre las empresas que conforman el grupo, así como también la dirección unitaria –la cual se corresponde con la expresión de una estrategia común que une a todos los integrantes del grupo– que constituye, precisamente, la distinción entre los llamados "grupos centralizados" y los "grupos descentralizados".¹⁸⁸ Así, la dirección unitaria se da cuando existe una sociedad dominante que establece las condiciones de gestión del grupo en forma continua o estable y con poder de decisión, interviniendo en las actividades de las sociedades subsidiarias.

¹⁸⁶ TERRADILLOS ORMAETXEA, E. (2000): p. 65.

¹⁸⁷ TERRADILLOS ORMAETXEA, E. (2000): p. 67.

¹⁸⁸ Véase TERRADILLOS ORMAETXEA, E. (2000): pp. 70-80.

Los grupos de empresas bien pueden adoptar diversas estructuras o formas de organización jurídica que conllevan necesariamente distintos tipos de relacionamiento jurídico-laboral. Cabe destacar la marcada tendencia actual a la constitución de grupos financieros en los cuales la naturaleza de la actividad económica de la sociedad dirigente comúnmente una de tipo *holding* es la posesión de las acciones de las demás sociedades pertenecientes al grupo. Esta estructura no conduce necesariamente a una orientación coordinada de la gestión empresarial. Antes bien las actividades de diversa naturaleza que realizan las empresas coadyuvan a mostrar una diseminación del origen de las decisiones. Es decir, estos son grupos descentralizados en donde el único punto en común es la financiación.

También se habla de grupos de estructura radial cuando la sociedad *holding* es el centro de gravedad del que dependen las demás directamente y sin interferencias o de grupos de estructura piramidal o en cascada cuando el control se ejerce de manera escalonada por niveles de decisión descentralizada y descendente. Se habla igualmente de grupos de estructura circular cuando gráficamente hablando la última sociedad controlada controla a su vez a la primera sociedad estructura que resulta altamente engañosa siendo que la aportación financiera de la sociedad dominante deviene puramente ficticia.¹⁸⁹

A raíz de los procesos de descentralización productiva la forma de interacción de las organizaciones empresariales conduce a la noción de empresas-redes que toma en nuestra disciplina cada vez más relevancia en función de su constante utilización como práctica económico-empresarial y que se aparta de la concepción de suyo nada sencilla de los grupos económicos o grupos de empresas.

¹⁸⁹ Véase TERRADILLOS ORMAETXEA E (2000) pp 81-84

La red de empresas puede definirse como cualquier forma de coordinación entre empresas que presupone un dato adicional de unidad económica. Nos hallamos ante un tipo de empresa de carácter altamente flexible, flexibilidad que se alcanza en razón del empleo de distintas técnicas, a saber: los acuerdos comerciales, el *franchising*, las *joint ventures*, la colaboración entre empresas. Así pues, las empresas-redes, expresión de la evolución del grupo, pueden estar constituidas alrededor de un poder central localizado en una entidad cuyos estatutos pueden ser, sin embargo, extremadamente diversos (*holding* financiero, sociedad de vocación productiva, cooperativa, asociación formal o informal...), y compuesta de elementos muy heterogéneos (filiales mayoritarias, filiales minoritarias, socios contractuales estables, franquiciados, etc.).¹⁹⁰

Existen ordenamientos jurídicos en los cuales la noción de grupo de empresa no ostenta importancia alguna en cuanto a la determinación de responsabilidades laborales:

"(...) El fenómeno, en sistemas como el de España, Austria, Suiza, Turquía, Israel, Estados Unidos, etc., está regulado por una esfera únicamente económica, y, en definitiva, por la esfera de hecho, que no es relevante en el plano jurídico, con todas las consecuencias que derivan en el plano de la imputación de relaciones de trabajo y de su estabilidad, por lo que se refiere a la distribución de responsabilidades, la garantía de créditos. La descentralización no altera, jurídicamente, el carácter dual propio del contrato de trabajo. En general, una empresa de grupo no tiene una *legal identity*, mientras que las unidades simples que forman parte de ella aparecen, salvo casos excepcionales, como empleadores exclusivos de los asalariados que ocupan. Por lo tanto, cuando el legislador no menciona los grupos de empresa, la jurisprudencia, falta de referencias positivas, tampoco conoce la noción de salariado dependiente del grupo, de forma que los tribunales tienden a negar cualquier forma de responsabilidad del grupo de la empresa madre para con las obligaciones asumidas por la empresa controlada. Observamos, incluso en esos ordenamientos jurídicos, casos en los cuales los jueces, frente a situaciones fraudulentas, consideraron la posibilidad de romper la dimensión formal (en España) y levantar el 'velo de la sociedad' (en Suiza) lo que permite considerar a los salarios como dependientes de la empresa principal. (...)

En otros sistemas, a la inversa, incluso la institución del fraude de ley no se puede invocar de manera útil. Es el caso de Australia, donde los tribunales, incluso

¹⁹⁰ TERRADILLOS ORMAETXEA, E. (2000): pp. 120-121.

en cuestiones de derecho sociedades [sic] se hallan en estado de levantar el velo solo en circunstancias excepcionales y donde prevalece el enfoque convencional de *separateness of corporate entities* [sic] afirmada por el alto tribunal. Caso ejemplar de cómo el grupo de empresa explota el principio de autonomía jurídica en detrimento de la [sic] garantías propias del derecho del trabajo: el sistema australiano se caracteriza por la [sic] crecimiento del fenómeno de *multiple corporate entities* dentro de las cuales se distribuye el patrimonio de la empresa (*holding of group assets*) a algunas entidades del grupo mientras que otras sociedades formalmente autónomas tienen la titularidad del informe de trabajo con la consecuencia en caso de insolvencia de la empresa-empleador de que los salarios no podrán dirigirse contra las unidades titulares del patrimonio de la empresa y estarán privadas de cualquier protección adecuada. Según la estrategia denominada *phoenix company* el titular de la empresa crea una nueva empresa y le transfiere los *assets* frecuentemente a cambio de servicios de poco valor: la empresa antigua que mantiene formalmente su calidad de empleador se convierte en una *shell company* que será declarada en quiebra cuando la nueva empresa vuelve a nacer sin deudas ni obligaciones para con los asalariados y los acreedores.¹⁹¹

A diferencia de los sistemas legales antes comentados, la legislación nacional sí contiene disposiciones en torno a las responsabilidades emanadas de la actividad de los grupos o unidades económicas. Muestra de ello son los artículos 96 y 97 del CT:

Artículo 96. Cuando varias personas o empresas laboren o funcionen en un mismo local o como unidad económica y utilicen indistinta o simultáneamente los servicios de un trabajador se considerarán como un solo empleador y responderán solidariamente por todas las obligaciones derivadas de la relación de trabajo independientemente de quien figure como empleador en el contrato.

()

Artículo 97. Para los efectos de las normas de trabajo se entiende por empresa la organización de actividades y medios que constituyen una unidad económica en la extracción, producción o distribución de bienes o servicios con o sin ánimo de lucro y por establecimiento la unidad técnica que sea parte integrante y contribuya a la realización de los fines de la empresa ya fuere como sucursal, agencia y otra forma semejante.

Nuestra normativa legal prevé no sólo el supuesto en que varias personas jurídicas poseen un mismo domicilio sino también la hipótesis de la unidad económica que se da cuando dos o más empresas funcionan en interdependencia permanente y según se describe en el artículo 97, la misma puede tener lugar en la extracción

¹⁹¹ DE LUCA TAMAJO, R. y PERULLI, A. (2006) p. 22

manufactura o distribución de bienes y servicios. La noción de grupo económico plantea entonces una suerte de flexibilidad esta vez en beneficio de los trabajadores. Ello toda vez que el legislador flexibiliza la noción de empleador al elaborar una construcción jurídica que permite generar responsabilidades solidarias.

De esta forma mientras que los grupos de empresas se caracterizan por vínculos internos, las redes de empresas que emergen como producto de la descentralización empresarial descansan en la cooperación externa. De este modo la conformación de los mosaicos empresariales de pequeñas empresas subsidiarias abarca los más diversos aspectos desde la contratación del personal hasta los propios procesos de elaboración del producto final. La conformación de los grupos empresariales implica el surgimiento de consecuencias jurídico-laborales de gran importancia y son por ende el objeto de estudio del presente trabajo.

3 LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO FRENTE A TERCERAS PERSONAS POR ACTOS DEL TRABAJADOR A SU SERVICIO

Es incuestionable la responsabilidad final que recae en todo empresario en razón de las actividades que lleva a cabo su personal en ejercicio de sus funciones. Ahora bien, en los mecanismos de subcontratación se observa un traslado de la responsabilidad por parte de quien recibe los servicios del trabajador subcontratado hacia la empresa contratista. Este punto merece una reflexión especial debido a las importantes consecuencias económicas que de ello se derivan para todas las partes involucradas en la relación de carácter triangular. De igual modo es de destacarse que un tercero pudiera sufrir una afectación como consecuencia de acciones u omisiones del prestador personal del servicio (trabajador externalizado). Al respecto resulta interesante analizar qué sucede en cuanto a las posibilidades de cobro de indemnizaciones por daños y perjuicios.

La sentencia del Primer Tribunal Superior de Justicia de Panamá, del 5 de marzo de 1996, que resolvió recursos de apelación promovidos por ambas partes contra el fallo proferido por el Juzgado Tercero de Circuito, Ramo Civil, del Primer Circuito Judicial de Panamá, dentro de la demanda interpuesta por Octavio Camilo Pérez Puello vs. Juan Godoy y/o Primera Agencia de Seguridad, S.A. da cuenta de las responsabilidades que recaen en el empleador –un contratista, en el caso en examen– por actos de su trabajador.

La demanda incoada se encaminó a la obtención del resarcimiento por daño moral ocasionado a Octavio Camilo Pérez, hijo del Doctor Camilo Octavio Pérez, quien fuera asesinado por Juan Miguel Godoy Hernández mientras éste laboraba en un establecimiento al cual la Primera Agencia de Seguridad prestaba servicios de vigilancia. La sentencia apelada fijó en B/.50,000.00 la cuantía del daño moral infringido al demandante.

El Primer Tribunal Superior procedió a analizar la responsabilidad de los demandados a la luz de criterios de funcionalidad elemental de las agencias privadas de seguridad como complemento a la seguridad estatal, con las consecuentes cargas que ello implica en cuanto a selección y capacitación de personal. Además, se tomó en cuenta la situación económica del demandante, por lo que la parte resolutive fue del tenor siguiente:

"CONDENA a JUAN MIGUEL GODOY HERNÁNDEZ y a la PRIMERA AGENCIA DE SEGURIDAD, S.A. al pago de manera solidaria de los daños materiales causados al menor OCTAVIO CAMILO PÉREZ PUELLO, los cuales se determinarán siguiendo el procedimiento establecido por el artículo 983 del Código Judicial, en virtud de lo cual se sientan las bases para su liquidación, tomando en cuenta los siguientes elementos:

a) capacidad productiva del fallecido al momento de su muerte; b) capacidad productiva de la madre del demandante; c) el tiempo probable durante el cual el demandante tuviera derecho a los 'alimentos'; ch) las condiciones de vida del menor al tiempo de la muerte de su padre; d) los gastos en que debe incurrir el demandante para su tratamiento psicológico.

MODIFICA la condena que por daños morales se había establecido en primera instancia y fija en la suma de CIENTO VEINTICINCO MIL BALBOAS (B/125 000 00) la cantidad a pagar por los demandados al menor demandante

Atendiendo al contenido del artículo 87 del CT empleador es la persona que recibe del trabajador la prestación de servicios o ejecución de la obra. En el caso analizado el establecimiento en donde ocurrieron los hechos percibía los servicios del agente de seguridad que cometió el delito. No obstante existía un convenio válido de *outsourcing* con una agencia de seguridad razón por la cual la acción legal del demandante se dirigió contra quien perpetró el hecho punible y solidariamente contra la agencia de seguridad y no contra el establecimiento. Surge así la clara responsabilidad del contratista en su calidad de patrono frente a terceras personas por actos del trabajador.

El examen de la situación del caso planteado pone de resalto de un lado la importancia de la solvencia económica del contratista como empleador no solamente en cuanto a sus responsabilidades patronales sino por daños ocasionados por el personal en su nómina. Por otra parte está el hecho de que se aprecia una ventaja en términos económicos para el empresano que recurre a la tercerización o intermediación al no resultar comprometido por los danos y perjuicios ocasionados por el trabajador externalizado.

Habiendo hecho referencia a la responsabilidad del empresano (prestador de un servicio en *outsourcing*) con respecto a personas completamente ajenas a la relación comercial empresa principal-empresa contratista o subsidiaria cabe mencionar que el contratista evidentemente puede incurrir en responsabilidad en relación con su cliente es decir la empresa que percibe los servicios de su trabajador.

Por ejemplo es muy común encontrar en los contratos individuales de trabajo cláusulas relacionadas con el uso de la informática así como también se aprecian en

los reglamentos internos de trabajo estipulaciones al respecto. A todas luces, este tipo de disposiciones, con miras a proteger los medios tecnológicos propiedad de la empresa, están encaminadas a regular la actividad de quienes prestan sus servicios a la empresa en condiciones de subordinación jurídica y dependencia económica.

Ahora bien, ¿qué sucede con los trabajadores descentralizados? Si son contratados en el marco de una relación laboral por un contratista o subcontratista, ello supone la sujeción del trabajador a lo pactado en su contrato de trabajo. En él debería plasmarse la obligación de acatar las órdenes y reglas de la empresa en la cual prestarán servicios, así como también, su reglamento interno de trabajo. La empresa que recibe los servicios de estos trabajadores pierde algo de control en cuanto a facultades disciplinarias, contrapartida de las ventajas que representa la utilización de la figura en relación con las labores de organización y supervisión del trabajo. Adicionalmente, si se diera un uso indebido de la información o faltas a la obligación de confidencialidad de los trabajadores tercerizados, la empresa podrá recurrir contra el contratista, quien en el contrato de *outsourcing* –como en todo acuerdo comercial- debe asumir los compromisos que le son propios como prestador de un servicio.

En este sentido, consideramos muy saludable que en nuestro país ya se estén adoptando acuerdos y regulaciones tendientes a abarcar problemas relativos a la obligación de confidencialidad por parte de los trabajadores tercerizados. Así, tenemos el Acuerdo 009-2005 de la Superintendencia de Bancos, que establece la obligación por parte de los bancos de requerir al proveedor de servicios que proteja y mantenga la debida reserva sobre toda la información confidencial que le sea proporcionada, tanto de la entidad bancaria como de sus clientes, a fin de que la misma no sea revelada, intencional o inadvertidamente a personas no autorizadas (artículos 5 y 8).

IV ASPECTOS RELEVANTES SOBRE SEGURIDAD SOCIAL

La seguridad social ligada a las tendencias de descentralización empresarial es un tópico que amenta ser analizado de modo especial en vista de que la externalización lleva aparejada el surgimiento de nuevos pequeños empresarios –en gran medida antiguos trabajadores dependientes quienes a no dudarlo pueden ver alterada su planificación de vida debido a un cambio radical en su modo de subsistencia. Así dedicamos un apartado en esta sección a las consideraciones que actualmente se manejan en torno a la seguridad social del trabajador independiente. Otro tema de relevancia que será abordado es el de las responsabilidades patronales en cuanto a riesgos y enfermedades profesionales. Igualmente nos referiremos brevemente al enfoque actual de los sistemas de seguridad social los cuales parecen caracterizarse por hacer un mayor énfasis en el compromiso individual de los asociados.

La problemática actual que enfrentan los sistemas de previsión social es sumamente compleja siendo que la estructura de la cobertura brindada dentro de todo sistema de seguridad social dice relación con medidas de política laboral¹⁹² y de política social¹⁹³ implementadas por los gobiernos y que en toda democracia deben ser objeto

¹⁹² En el aspecto práctico o de arte la política laboral integra la concepción de planes y la aplicación de medidas por el Estado y otros organismos de eficacia pública, que contribuyen a la eliminación o alivio de los antagonismos y conflictos derivados de las relaciones de trabajo dignifican su prestación cooperan a la mejor remuneración de los trabajadores se preocupan de seguridad y eventual rehabilitación y tienden a asegurarles al que trabaja y a los suyos la cantidad de subsistencia ante adversidades imprevistas o las normales en el desarrollo de la existencia humana y de la vida social.

Podría decirse que la política laboral se ocupa del hombre que trabaja, pero no del trabajo que realiza, especialidad técnica o profesional que escapa al sentido protector y de mejora del trabajador y por serlo que lo político-laboral se propone.

CABANELLAS DE TORRES G (1998) p 436

¹⁹³ Se define como la concepción de planes y la aplicación de medidas por el Estado y otros organismos de eficacia pública, que contribuyen a la eliminación o alivio de los antagonismos sociales e impulsan a más del urgente remedio de angustiosas necesidades permanentes u ocasionales de índole general el bienestar material y moral de la sociedad, colectivamente considerada, y más en especial el de los sectores de menores recursos con el propósito adicional de fomentar el mejoramiento del nivel de vida y las aspiraciones laudables de todos, dentro de lineamientos conjuntos de gran amplitud.

de amplia consulta entre los interlocutores sociales. Si bien excede los límites de la presente investigación realizar un estudio exhaustivo sobre seguridad social, no es posible presentar un panorama completo acerca del *outsourcing* sin referirnos al tema.

A. LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL TRABAJO AUTÓNOMO

Un punto importante a considerar en el ámbito individual de las relaciones laborales de tipo tercerizado es la seguridad social en cuanto a la figura del trabajo autónomo o independiente llevada al ordenamiento jurídico de algunos países con la denominación de empresa unipersonal. Según explica Santiago Pereira Campos¹⁹⁴ esto se debe a dos aspectos: en primer lugar, porque el empresario individual al ser un trabajador no dependiente que muchas veces desarrolla una actividad de poca seguridad económica, queda sin la cobertura del sistema laboral y por ende existe una tendencia a la búsqueda de soluciones para establecer coberturas fundamentalmente ante las diversas contingencias; en segundo lugar, porque en ocasiones la figura del empresario individual encubre un verdadero trabajador en relación de dependencia.

En consecuencia, podrán existir empresas unipersonales debidamente constituidas y plenamente independientes de la empresa que recibe sus servicios, como también podrá darse el caso de encubrimiento de una relación de trabajo con lo cual se desnaturaliza una figura jurídica que en principio es legítima. En este sentido, la constante a seguir es el análisis concienzudo de cada situación particular de modo tal que se obtenga una visión cónsona con la realidad material y se arribe a una solución objetiva y justa en los conflictos que constantemente se producen como consecuencia de la particular dinámica de la deslocalización productiva.

CABANELLAS DE TORRES G (1998) p 449

¹⁹⁴ PEREIRA CAMPOS S (2000) Las empresas unipersonales con contrato registrado ¿una forma de descentralización o tercerización tributaria y de seguridad social? En GRUPO DE LOS MIÉRCOLES XXV Aniversario (2000) *Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo* I Edición Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo p 542

Las aportaciones al régimen de seguridad social en las empresas unipersonales presentan marcadas diferencias en relación con la estructura de cotizaciones en las empresas principales con trabajadores dependientes. Mientras que en el sistema de aportaciones de los trabajadores dependientes, la cotización de cuotas recae de modo compartido en el empleador y el trabajador, con la responsabilidad primaria de la empresa en dos facetas –en cuanto a su obligación directa de cubrir el aporte patronal, y como agente retenedor de la cuota personal del trabajador-. De otro lado, en el caso de los trabajadores independientes, por sí mismos o en las denominadas empresas unipersonales, la responsabilidad única es del trabajador, sin tener participación alguna la empresa contratante de sus servicios. En el último supuesto “se produce un corrimiento o desplazamiento de la carga tributaria y de la responsabilidad que habilitan a calificar tal fenómeno como ‘descentralización’ o ‘tercerización’ tributaria y de seguridad social.”¹⁹⁵

Hay que tomar en cuenta que, en muchos casos, el trabajador independiente parte de una situación de desempleo o subempleo, ya que es común que el cuentapropista, lo sea por necesidad –al no conseguir una plaza que le permita insertarse en el mercado laboral o habiendo perdido su empleo- y no por decisión propia. Es por esto que, en ciertas legislaciones, se contemplan ayudas a los desempleados, extendidas a quienes se encuentran parcialmente ocupados. Así, en Alemania, Bélgica y Holanda se considera que desempleados no son solamente los trabajadores que no realizan ningún trabajo (desempleados a tiempo completo), sino también los que trabajan con prestaciones reducidas o suspendidas (15 horas o menos semanales en Alemania; haber perdido 5 horas de trabajo en las 26 semanas pasadas o laborar solo 8 horas por

¹⁹⁵ PEREIRA CAMPOS, S. (2000): p. 544.

semana en Holanda) ¹⁹⁶ En Francia el desempleo parcial ocurre cuando el trabajador conservando su empleo sufre una pérdida de salario como consecuencia del cierre temporal parcial o total de la empresa o establecimiento o derivada de la reducción de la duración del trabajo por debajo de la duración convenida ¹⁹⁷

Contrariamente a lo que sucede con los subempleados generalmente las personas que realizan trabajo independiente no sujetas a un contrato de trabajo se encuentran fuera del ámbito de protección del seguro de desempleo Este es el caso de Brasil Canadá Holanda Japón Noruega Rumania y Uruguay ¹⁹⁸ Sin embargo los independientes pueden y de hecho se encuentran muchas veces en la misma situación que los subempleados es decir subocupados y con ingresos que no les permiten acceder a adecuadas condiciones de vida

Ahora bien ¿cuáles son las prestaciones que reciben los trabajadores asalariados en situación de desempleo en los países con seguro de desempleo? En Argentina por ejemplo estas personas están cubiertas por el programa Jefes/as de hogar desocupados que es un programa de carácter masivo que brinda un ingreso de 150 pesos En Austria reciben ayuda de emergencia por 20 semanas ascendente a entre el 92% y el 95% de la cantidad básica pagada como indemnización por desempleo ¹⁹⁹ En Chile para los trabajadores a quienes no les es aplicable el seguro de desempleo siguen vigentes las normas sobre subsidio de cesantía contenidas en el D F L 150 de 1982 que hasta la entrada en vigor de la Ley 19 728 era de aplicación general y nacional ²⁰⁰

¹⁹⁶ PASCO COSMÓPOLIS M (2003) p 275

¹⁹⁷ PASCO COSMÓPOLIS M (2003) p 292

¹⁹⁸ PASCO COSMOPOLIS M (2003) p 278

¹⁹⁹ PASCO COSMÓPOLIS M (2003) p 294

²⁰⁰ PASCO COSMÓPOLIS M (2003) p 295

En Panamá, las prestaciones médicas en la Caja de Seguro Social se extienden por los tres meses siguientes a la pérdida del empleo. No existe un sistema de seguro de desempleo estatal ni la responsabilidad patronal de cubrir sumas adicionales para prestaciones médicas en caso de cesación de la relación laboral.

Un sistema de seguridad social eficiente se perfila como vía obligada de paso a efectos de alcanzar un desarrollo económico verdadero –en combinación efectiva con el desarrollo social- en el contexto actual de globalización y descentralización de la producción. Así, en la Resolución de la OIT relativa a la seguridad social, adoptada durante la 89ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo en junio de 2001, se deja sentado que la seguridad social es un derecho humano fundamental y un instrumento esencial para crear cohesión social, y de ese modo contribuye a garantizar la paz social y la integración social. Por ello, forma parte indispensable de la política social de los gobiernos y es una herramienta importante para evitar y aliviar la pobreza²⁰¹. En este sentido, establece dicha resolución que la cooperación técnica de la OIT debe dirigirse a extender y mejorar la cobertura de la seguridad social, así como también, desarrollar métodos que ayuden a las personas a pasar de la economía informal a la economía formal, toda vez que la informalidad en el empleo se considera un fenómeno que hay que combatir con prioridad, a efectos de que un mayor número de personas tenga acceso a los beneficios que aporta el sistema de seguridad social.

Vale destacar que, en nuestros países subdesarrollados, gran parte de la economía informal se compone no sólo de trabajadores independientes, sino también de trabajadores empleados en microempresas o trabajadores domésticos. Lo que propone la OIT es que, de acuerdo con las posibilidades de cada país, se tomen medidas de asistencia social para que, gradualmente, las personas excluidas puedan ir

²⁰¹ ERMIDA URIARTE, O. y RACCIATTI, O. (2003): pp. 1016-1017.

incorporándose al sistema. Luego entonces, podemos decir que, así como se habló en un tiempo de un Derecho del Trabajo en expansión, sucede ahora que presenciamos una tendencia expansiva del Derecho de la Seguridad Social, con miras a la consecución de un sistema adecuado de protección social.

En este punto, llama poderosamente la atención el resultado de nuestra recién aprobada Ley No. 51 de 27 de diciembre de 2005, "que reforma la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social y dicta otras disposiciones". Dicho cuerpo legal, si bien se encarga de definir en su glosario las distintas categorías de trabajadores, establece la afiliación obligatoria al régimen de seguridad social de todos ellos, tanto dependientes como independientes. El artículo 77 dispone lo siguiente:

"Artículo 77. Afiliación obligatoria. Están obligados a participar en el régimen de la Caja de Seguro Social todos los trabajadores nacionales o extranjeros que brinden servicios dentro de la República de Panamá, incluyendo los trabajadores por cuenta ajena y trabajadores por cuenta propia.

La Caja de Seguro Social está obligada a promover y facilitar la afiliación de todos los trabajadores.

(...)"

Aunque la intencionalidad primera del legislador fue reestructurar la Caja para hacer viable su funcionamiento, el resultado en cuanto a los trabajadores por cuenta propia va en la misma línea con lo recomendado por la OIT, incluyéndolos en el sistema de previsión social. Seguramente se encontrarán muchas dificultades en la ejecución de lo dispuesto por la ley. Empero, consideramos que se ha dado un paso hacia adelante en cuanto la búsqueda de soluciones para otorgar una cobertura social adecuada al trabajador independiente y sus familiares.

B. LA RESPONSABILIDAD DEL PATRONO POR ENFERMEDADES Y RIESGOS PROFESIONALES

Es indudable la estrechísima relación que existe entre el Derecho Laboral y las ciencias médicas, toda vez que gran parte de la normativa tradicional del trabajo –v. gr.

los límites a la jornada laboral y disposiciones de protección a condiciones especiales como la maternidad obrera y la minoría de edad- tienen su sustento en condiciones puramente fisiológicas de la persona que presta sus servicios. De allí la clásica conexión que opera entre el Derecho del Trabajo y la seguridad social.

El artículo 291 del CT define los riesgos profesionales como los accidentes y las enfermedades a que están expuestos los trabajadores a causa de las labores que ejecutan por cuenta de un empleador. Aunque la definición aparenta ser precisa, en algunas formas de descentralización empresarial se dificulta fijar parámetros para evaluar los riesgos. Un ejemplo lo constituye el teletrabajo, el cual no se encuentra clasificado de manera especial ni calificado como peligroso por las autoridades competentes. Cuando se realiza en centros de teletrabajo no observamos características especiales distintas al trabajo realizado en oficinas convencionales. Pero cuando se realiza en el domicilio del teletrabajador, la vigilancia por parte de las autoridades para verificar el cumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo resulta todo un reto.

La CP consagra en su artículo 26 el principio de inviolabilidad del domicilio y en su segundo inciso dispone que los servidores públicos de trabajo, de seguridad social y de sanidad pueden practicar, previa identificación, visitas domiciliarias o de inspección a los sitios de trabajo con el fin de velar por el cumplimiento de las leyes sociales y de salud pública. A la luz de la norma constitucional, consideramos que es dable a las autoridades efectuar inspecciones en residencias a fin de conocer las condiciones de trabajo de un teletrabajador. Pero aunque la norma lo permite, es evidente que la coordinación y ejecución de las inspecciones representaría una labor por demás ardua.

Por su parte, la actividad de suministro de mano de obra a través de agencias presenta también situaciones especiales. La experiencia en los EEUU, contrariamente a

la de nuestro país, muestra que las pequeñas empresas se inclinan constantemente a contratar los servicios de las *"professional employer organizations"* (PEO's) u organizaciones empleadoras profesionales. Esta particularidad se debe a que el mecanismo facilita el acceso de los pequeños empresarios a beneficios de grandes empresas, por ejemplo, los seguros de hospitalización y vida de los trabajadores, que son negociados por las PEO's a primas mucho más accesibles. Esta situación, evidentemente, puede ser también motivo de conflictividad en el caso de falta de pago de dicho seguro.²⁰²

Pasando a analizar el caso de Colombia, vemos que en ese país, la Ley 50 de 28 de diciembre de 1990 –por la que se introducen reformas al Código Sustantivo de Trabajo–, en relación con las empresas de servicios temporales, estipula lo siguiente:

“Art. 78. La empresa de servicios temporales es responsable de la salud ocupacional de los trabajadores en misión, en los términos de las leyes que rigen la materia para los trabajadores permanentes.

Quando el servicio se preste en oficios o actividades particularmente riesgosas, o los trabajadores requieran de un adiestramiento particular en cuanto a prevención de riesgos, o sea necesario el suministro de elementos de protección especial, en el contrato que se celebre entre la empresa de servicios temporales y el usuario se determinará expresamente la forma como se atenderán estas obligaciones. No obstante, este acuerdo no libera a la empresa de servicios temporales de la responsabilidad laboral frente al trabajador en misión.”

La legislación colombiana dispone así, la responsabilidad directa de la empresa de suministro de mano de obra con respecto a la salud ocupacional de sus trabajadores. De modo atinado, se establece en Colombia la obligación de la empresa usuaria y la empresa de servicios temporales, de atender el tema de los riesgos profesionales al momento de negociar su acuerdo comercial, cuando la actividad u oficio así lo amerite. No obstante, la responsabilidad primaria recae en la empresa de suministro de mano de obra.

²⁰² EDELBERG, G. (2003): p. 24.

Siguiendo con el tema de las empresas de trabajo temporal en Italia según el artículo 23 inciso tercero del Decreto legislativo No 276/03 el utilizador tiene la obligación *in solido* con el proveedor de pagar al trabajador los salarios y contribuciones de previsión (no se prevé expresamente la subsidiaridad de la responsabilidad del utilizador) La reglamentación es pues detallada y más allá de prever responsabilidad solidaria en lo que se refiere a salud y seguridad en el lugar de trabajo hace una repartición de las cargas y obligaciones entre proveedor y utilizador de servicios El párrafo cinco de la precitada norma dispone que el proveedor debe informar a los trabajadores acerca de los riesgos para su seguridad y su salud conexos a la actividad productiva en general y los forme para saber utilizar los equipos de trabajo necesarios para llevar a cabo la actividad de trabajo para la cual fueron contratados de conformidad con lo dispuesto por el decreto legislativo No 626 del 19 de septiembre de 1994 y sus modificaciones No obstante el contrato de suministro puede prever que esta responsabilidad corresponda al utilizador lo cual también se estipula en el contrato con el trabajador Cuando las funciones del trabajador requieren de una vigilancia especial o comportan riesgos específicos el utilizador debe informar al trabajador de acuerdo con lo señalado en la antes mencionada ex-certa legal El utilizador observa de cara al trabajador todas las obligaciones de protección previstas de cara a sus asalariados propios y es responsable de la violación de las reglas de seguridad contenidas en la ley o los contratos colectivos ²⁰³

De este modo a diferencia de lo establecido en Colombia la legislación italiana contempla en primer término la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria y la empresa de suministro en lo que a riesgos de trabajo se refiere Además el papel de la empresa que utiliza los servicios temporales de trabajadores se perfila como principal

²⁰³ DE LUCA TAMAJO R y PERULLI A (2006) p 96

siendo responsable por todos los trabajadores a su servicio, ya sea que formen parte de su planilla o, bien, laboren para una empresa de trabajo temporal.

Con respecto a los servicios prestados por los socios de cooperativas, vemos que, en Perú, aunque los socios cooperativistas no son trabajadores, sólo para efectos de seguridad social, y por ficción legal, son considerados como trabajadores dependientes dentro del Sistema Privado de Pensiones, Sistema Nacional de Pensiones y Régimen de Pensiones de Salud (Ley No. 26504 del 8.7.95, artículo 15). Si bien para algunos la figura parece cuestionable, al menos jurídicamente²⁰⁴, estimamos que se persigue, al igual que en nuestra Ley Orgánica de la CSS, extender el alcance de la seguridad social al mayor número posible de personas.

Puede decirse que cada una de las distintas formas de externalización que existen requiere de un tratamiento particular en lo atinente a enfermedades y riesgos profesionales. Aunque no hay una tendencia uniforme en cuanto a regulación legal, lo importante es que se están estableciendo pautas para garantizar una adecuada cobertura de seguridad social a quienes prestan servicios de modo tercerizado, lo que resulta por demás recomendable.

C. LA RESPONSABILIDAD PATRONAL FRENTE A LOS TRABAJADORES DE UN TERCERO

Pasemos ahora a hacer algunas acotaciones con respecto a normas de previsión social contenidas en ordenamientos jurídicos distintos al nuestro. Específicamente, nos referiremos a la utilización de contratistas y subcontratistas, así como también a las empresas de suministro de mano de obra. En cuanto a estas modalidades de *outsourcing*, veremos cómo es reglamentado el asunto de las cargas de seguridad social.

²⁰⁴ VEGA RUÍZ, M. (Edit.) (2001): p. 30.

En México en relación con el recurso a contratistas y subcontratistas en la industria de la construcción el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) () exige la inscripción de cada obra a nombre del dueño y de cada una de las empresas contratistas o subcontratistas para excluir la responsabilidad del pago de cuotas pero la insolvencia de cualquiera de ellos hace recaer la responsabilidad sobre los demás y en ultima instancia sobre el propio dueño de la obra ²⁰⁵ Se prevé así que en primer término cada contratista o subcontratista es garante del adecuado manejo de su nomina siendo responsable del pago de las cuotas patronales de seguridad social Se establece no obstante que el incumplimiento de la obligación patronal da lugar al nacimiento de la responsabilidad solidaria pudiendo incluso alcanzar al dueño del proyecto

A nivel de la Unión Europea la Directiva 92/57/CEE de 24 de junio de 1992 establece disposiciones mínimas de seguridad y de salud que deben aplicarse en las obras de construcción temporales o móviles Tal como lo reconoce el propio preámbulo de la Directiva más de la mitad de los accidentes de trabajo en las obras de construcción en la Unión Europea están relacionados con decisiones arquitectónicas y/o de organización inadecuadas o de una mala planificación de las obras en su fase de proyecto El énfasis de la directiva se hace entonces en la importancia de una apropiada coordinación de los proyectos de construcción con el fin de evitar accidentes de trabajo Pese a ello no todos los miembros de la Unión han creado leyes con el objeto de regular esta materia para así controlar las consecuencias que se derivan de los procesos de subcontratación

Uno de los países que si se ha ocupado de normar este tema es España mediante el Real Decreto 1627/1997 de 24 de octubre (BOE de 25 de octubre de 1997)

²⁰⁵ DE BUEN N (2001a) p 506

En el artículo 3 de dicho decreto se ordena la designación por parte del promotor de la obra de uno o varios coordinadores en materia de seguridad y de salud en el caso de obras en las que estén presentes varias empresas. Por su parte en el artículo 4 y siguientes se especifican las tareas de los coordinadores tanto en la fase de elaboración del proyecto como durante su ejecución. El artículo 15 señala que los trabajadores y/o sus representantes deben ser informados acerca de todas las medidas que en materia de seguridad y salud vayan a implementarse en el proyecto.

Tanto la Directiva 92/57/CEE –artículo 12 como el Real Decreto 1627/1997 – artículo 16– el cual a su vez remite a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales –artículo 39 apartado 3– exigen que se dé una coordinación interempresarial en este sentido. El Real Decreto dispone que debe existir una adecuada coordinación entre los trabajadores y/o sus representantes en las empresas que ejerzan actividades en un mismo lugar de trabajo. En la Directiva se alude al nivel de riesgo e importancia de la obra a efectos de que se produzca la exigencia de la coordinación interempresarial. Por su parte la Ley de Prevención de Riesgos Laborales procura la celebración de reuniones conjuntas de los comités de seguridad y salud o en su defecto de los delegados de prevención y empresarios de las empresas que carezcan de dichos comités así como también otras medidas de actuación coordinada tales como comités intercentros entre empresas dotadas de comités de seguridad y salud (artículo 38).

Otra excreta legal que se ocupa dentro de la legislación española de la prevención de riesgos profesionales es el Real Decreto 39/1997 de 17 de enero que en su artículo 21.1 inciso segundo dispone que podrán constituirse servicios de prevención mancomunados vía la negociación colectiva o mediante acuerdos marcos sobre materias concretas o en su defecto por decisión propia de las empresas.

involucradas. La disposición legal resulta aplicable a empresas pertenecientes a un mismo sector productivo o grupo empresarial o que desarrollen sus actividades en un polígono industrial o área geográfica limitada.²⁰⁶ La legislación española presenta así, una detallada descripción acerca de cómo deben funcionar las diversas empresas involucradas en la ejecución de una obra, tomando como punto de partida el hecho de que una comunicación fluida permite acceder a un sistema de prevención de riesgos profesionales que funcione de modo satisfactorio.

En nuestro país, la Ley No. 51 de 27 de diciembre de 2005, "Que reforma la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social y dicta otras disposiciones", reglamenta en su artículo 94 las responsabilidades de los intermediarios. Además, el artículo 95 alude a la sustitución patronal. El texto de ambas normas es como sigue:

"Artículo 94. Intermediarios. Cuando un trabajo se ejecute o un servicio se preste, bajo la dependencia inmediata de un contratista, subcontratista o algún intermediario de cualquier clase, todos responderán solidariamente por el cumplimiento de las obligaciones que esta Ley establece para los empleadores, en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de trabajos u obras prestados por contratistas, subcontratistas o intermediarios que estén íntimamente relacionados con el giro de las actividades económicas de quien los contrata; no cuenten con capital, dirección u otros elementos propios y dependan económicamente de quien los contrata.

2. Cuando los contratistas, subcontratistas o intermediarios sean una subsidiaria de quien los contrata o financieramente dependan de esta.

Artículo 95. Sustitución del empleador. En caso de sustitución del empleador, sin perjuicio de la responsabilidad legal conforme al Derecho Común, el empleador sustituido será solidariamente responsable con el nuevo empleador, de las obligaciones para con la Caja de Seguro Social derivadas de esta Ley y sus reglamentos, nacidas antes de la fecha de tal sustitución y hasta por el término de un año, contado a partir de la notificación a que se refiere el artículo siguiente. Concluido este plazo, la responsabilidad subsistirá únicamente para el nuevo empleador.

Se considerará que hay sustitución del empleador, en el caso de que otro empleador adquiera todos o la mayor parte de los bienes del anterior empleador, requeridos para la explotación comercial de este, y concurren otros elementos, tales como la realización de actividades económicas iguales o similares a las del

²⁰⁶ Véase TERRADILLOS ORMAETXEA, E. (2000): pp. 124-127.

anterior empleador personal organización y ubicación entre otros componentes que en general indiquen la configuración de la sustitución patronal

En el precitado artículo 94 el legislador consagra la responsabilidad solidaria entre el beneficiario de la obra contratistas y subcontratistas siempre que las empresas guarden íntima relación en cuanto al giro de sus actividades y se compruebe que el intermediano depende económicamente de la empresa principal. En sentido contrario se entiende que no se configura la aludida solidaridad cuando la actividad externalizada no guarda relación con el giro normal de actividades de la empresa y cuando el contratista o subcontratista cuenta con una estructura económica sólida e independiente.

Lo dispuesto en el artículo 95 sobre la sustitución patronal nos resulta particularmente interesante. El inciso primero de la norma fija en un año el término de responsabilidad solidaria entre antiguo y nuevo empleador. El segundo inciso, por su parte, establece cuáles serían los indicios para comprobar que existe sustitución patronal cuando la transacción no haya sido declarada como tal, según se desprende del propio contenido de la norma. Además de la transferencia de bienes, la utilización del mismo personal o recurso humano es uno de los factores que el legislador toma en consideración para establecer si se encuentra ante la sustitución del empleador.

En materia del funcionamiento de las empresas de suministro de mano de obra o empresas de trabajo temporal, las agencias que brindan este servicio son, por lo común, objeto de regulación y control por parte de las autoridades administrativas, previendo los sistemas jurídicos nacionales formas de registro, sistemas de sanción en caso de incumplimiento y, en algunos casos, responsabilidades solidarias entre proveedores y usuarios para el cobro de créditos de los asalariados. Evidentemente, muy variados son los criterios que se manejan en torno a esta cuestión.

En la doctrina italiana se maneja la tesis del destino provisional, para facilitar la movilización de los trabajadores de una empresa de trabajo temporal a las empresas usuarias, sin que surjan para estas últimas, responsabilidades en materia de seguridad social. Según la tesis del "destino provisional" (*distacco o commando*), el empleador envía a un asalariado suyo para que desempeñe una prestación de servicio en otra empresa, la cual se vuelve destinataria de la prestación laboral y ejerce un poder de dirección y de control sobre el trabajador, aunque éste permanezca como asalariado de la primera empresa.

Por otro lado, la hipótesis del "destino provisional inadecuado" (*distacco impropio*) plantea un mero desplazamiento del trabajador, llamado a efectuar su actividad con un tercero que no asume ningún poder de dirección o de control. En este caso, no hay transferencia del poder de dirección del empleador. Este supuesto se da en la práctica cuando una empresa efectúa para otra, a través de un contrato comercial, una prestación de servicio especializada.²⁰⁷ Dichas instituciones permiten, pues, que un trabajador pueda ser puesto al servicio de un tercero, sin que se genere responsabilidad patronal por parte de dicho tercero (la empresa usuaria) frente al trabajador, quien labora para la empresa que proporciona la mano de obra.

Por otro lado, en ciertas legislaciones sí se estipula una responsabilidad solidaria entre empresas, producto de este tipo de operaciones. Por ejemplo, en Brasil, el artículo 16 de la Ley Federal prevé que, de frente a la quiebra de una agencia privada de colocación, el utilizador es solidariamente responsable del pago de las cargas sociales, salarios y otras indemnizaciones legales por el período en que el asalariado ha efectuado su trabajo bajo su dirección.²⁰⁸

²⁰⁷ DE LUCA TAMAJO, R. y PERULLI, A. (2006): pp. 11-12.

²⁰⁸ DE LUCA TAMAJO, R. y PERULLI, A. (2006): p. 97.

En Turquía, según la *Turkist Labour Act* No. 4857, el proveedor (empresa de trabajo temporal) tiene todas las obligaciones que derivan del contrato de trabajo, pero existe una responsabilidad solidaria del utilizador de cara a los salarios y cargas sociales. Además, el utilizador tiene responsabilidad en cuanto a eventuales daños materiales que puedan padecer los trabajadores tras un accidente de trabajo o enfermedad profesional.²⁰⁹

Una vez más, el legislador procura conceder al trabajador externalizado un marco legal que tiende a asegurarle el acceso efectivo a sus prestaciones médicas, aun en el supuesto de que su empleador (llámese agencia de colocación o empresa de trabajo temporal), incumpla con lo que le compete, haciendo solidariamente responsable a quien se beneficie directamente de los servicios del trabajador.

D. PREPONDERANCIA DEL COMPROMISO INDIVIDUAL EN EL ACTUAL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES

Así como se aprecia una tendencia en los ordenamientos jurídicos laborales hacia la implementación de reformas de cara a la apertura económica de los mercados, lo mismo se observa con respecto a los sistemas de previsión social. En el caso de la seguridad social, las modificaciones vienen motivadas, más que todo, por una crisis generalizada en la prestación de servicios de salud, amén de marcadas deficiencias en el ámbito administrativo. Demos un vistazo a algunas legislaciones del área que tratan el tema.

Si tomamos como ejemplo, la experiencia chilena, en la cual se dio una transformación profunda e integral del sistema de seguridad social, puede apreciarse la tendencia al compromiso individual en este sentido. En cuanto al sistema de pensiones, el modelo chileno se basa actualmente en la capitalización individual, establecida por el

²⁰⁹ DE LUCA TAMAJO, R. y PERULLI, A. (2006): p. 97.

Decreto Ley No. 3.500, vigente desde el 1º de mayo de 1981. El sistema se financia de modo exclusivo por los aportes del trabajador a las administradoras de fondos de pensiones (A.F.P.) –sociedades anónimas que fungen como gestoras del sistema- y las prestaciones que puede recibir el trabajador incluyen pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia, dependiendo del plan por el cual opte el trabajador al afiliarse.

Según explica el profesor chileno Alfredo Valdés Rodríguez²¹⁰, el nuevo sistema de pensiones cuenta con la ventaja de abarcar, a diferencia del anterior, tanto a trabajadores dependientes como independientes, quienes pueden incorporarse al sistema voluntariamente. Adicionalmente, hace que el fraude disminuya en cuanto a la declaración de ingresos de los afiliados, toda vez que existe una relación directamente proporcional entre los aportes individuales y los beneficios que obtiene el afiliado al momento de su retiro. Cabe destacar que, en el sistema chileno, el Estado actúa como garante solidario en el otorgamiento de la pensión mínima, en el evento de que los aportes individuales resulten insuficientes para alcanzar ésta.

En cuanto a prestaciones médicas, en Chile son beneficiarios de estos servicios, de acuerdo con la Ley No. 18.469, vigente desde el 1º de enero de 1986, los trabajadores dependientes y los independientes que coticen en cualquier régimen legal de previsión. Los afiliados tienen acceso a prestaciones de medicina preventiva, asistencia médica curativa y licencias médicas por enfermedad total o parcial.

El modelo chileno de pensiones resultó ser el patrón a seguir por el resto de los países latinoamericanos, en vista del éxito obtenido. Aunado al modelo de apertura económica que en ese país se ha implementado con notables buenos resultados, la reestructuración del sistema de seguridad social permitió colocar a Chile a la vanguardia

²¹⁰ VALDÉS RODRÍGUEZ, A. (1998): "La reforma de la seguridad social en Iberoamérica". En: XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, T. III, Editora Sibauste, S.A., Panamá, p. 36.

de los países de la región en cuanto a industrialización y libre comercio. Contrariamente a la experiencia chilena, en Argentina los cambios efectuados al sistema derivaron en una profunda crisis de la cual el país no ha podido a la fecha recuperarse completamente. En Argentina la afiliación al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP) implantado en 1993 se hizo obligatoria para trabajadores dependientes e independientes. Además la administración del sistema es mixta ya que las administradoras de pensiones son privadas y estatales.

En Colombia fue aprobado en 1993 el Sistema General de Pensiones estableciéndose dos regímenes no excluyentes uno con respecto al otro a elección del afiliado compuesto por el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (estatal a través del Instituto de Seguridad Social) y el Régimen de Ahorro de Capitalización Individual con Solidaridad (de administración privada por medio de sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías). La afiliación a uno de estos sistemas o ambos es obligatoria para los trabajadores dependientes y facultativa para los independientes.

En Uruguay existe todo un régimen legal especial aplicable a las empresas unipersonales que posean contratos escritos y registrados. La Ley 16.713 de 3 de septiembre de 1995 por la cual se crea el sistema previsional en su artículo 178 reglamenta las contribuciones de seguridad social generadas por dichas empresas.

Artículo 178 (Empresas Unipersonales)

Las contribuciones especiales de seguridad social generadas por las empresas unipersonales se regirán por las siguientes reglas:

- 1 Su actividad estará gravada por las referidas contribuciones de acuerdo a los sueldos fictos previstos en el presente capítulo sin perjuicio de las situaciones de hecho en las que sea de aplicación lo indicado en los numerales 4) y 5) de este artículo.
- 2 No constituyen materia gravada a los fines de las contribuciones especiales de seguridad social las retribuciones por concepto de servicios prestados por empresas unipersonales toda vez que conste por escrito claramente delimitadas por obligaciones de las partes y la

ausencia de relación de dependencia y que la misma cumpla además con las obligaciones tributarias particularmente con la inscripción en el Registro único de Contribuyentes de la Dirección General Impositiva

- 3 Dichos contratos deberán ser registrados ante el Banco de Previsión Social en la forma que indique la reglamentación
- 4 El Banco de Previsión Social podrá formular de manera fundada observaciones a dicho contrato cuando entienda que los mismos implican una clara relación de dependencia encubierta en cuyo caso la materia gravada estará constituida por las retribuciones percibidas por concepto de servicios prestados. En tales casos la obligación de pago de contribuciones especiales de seguridad social existirá a partir del primer día del mes siguiente al de la notificación sin perjuicio de los recursos administrativos que pudieren corresponder
- 5 Las retribuciones por concepto de servicios prestados por empresas unipersonales constituirán materia gravada en caso de que no exista contrato escrito o de que el mismo no haya sido debidamente registrado y siempre que la Administración compruebe que la relación contractual ha sido establecida con la finalidad de evitar el pago de contribuciones especiales de seguridad social

Se presumirá que no existe finalidad de evitar el pago de contribuciones especiales de seguridad social cuando se trate de empresas unipersonales formadas por ex trabajadores de la contratante cuando la relación contractual sea consecuencia de una reestructura de ésta acordada con su personal

El principio general en Uruguay es que las empresas unipersonales están gravadas por contribuciones especiales de seguridad social. No obstante si cumplen ciertas condiciones y formalidades las retribuciones percibidas por estas empresas pueden no constituir materia gravada lo que sin duda representa un gran beneficio para el contribuyente. Nótese el detalle en la técnica legislativa llegando a aludir incluso en el último acápite de la norma citada a los procesos de reestructuración de los cuales surjan empresas unipersonales.

En nuestro país como se señaló en el punto anterior la Ley 51 de 2005 implanta la obligatoriedad de las contribuciones al sistema por parte de los trabajadores no dependientes. Por ello en Panamá se considera ahora al compromiso individual como una parte esencial para que el sistema de seguridad social funcione adecuadamente.

Como corolario a este tema no debe dejar de mencionarse que los fondos privados de pensiones —como parte integrante del nuevo sistema de previsión social

volcados en el mercado nacional de capitales, pueden contribuir notablemente al desarrollo del mercado de capitales panameño. Esa fuerte inyección de recursos debería propender al fortalecimiento del sector empresarial privado, con una mayor participación en operaciones bursátiles, que se vería reflejada en la continua disminución de la participación del Estado con respecto al sector privado. En efecto, el aumento de actividad se puede observar en el sector empresarial, a través de acciones, bonos y financiamiento directo de las empresas. Por su parte, el sistema financiero se ve fortalecido de modo inmediato por el aumento en los depósitos. Inclusive, el efecto multiplicador va más allá de las fronteras nacionales, en el evento que las legislaciones nacionales permitan la inversión en el extranjero (que en países como Chile, para el año 2002 ya alcanzaba el 30 por ciento de la cartera en administración).

Ahora bien, en caso de argumentarse que se tiende a privilegiar al sector privado con regulaciones legales de este tipo, puede decirse que en todo régimen democrático que crea en la iniciativa privada, haciendo que el sector privado juegue un rol fundamental en el engranaje del desarrollo de país, las soluciones deben buscarse precisamente en esa dirección: impulsando una mayor participación privada y una disminución en la intervención estatal directa, manteniendo el Estado, eso sí, su rol de dirección, supervisión y corrección del sistema.

SECCIÓN CUARTA

DESCENTRALIZACIÓN EMPRESARIAL Y DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

I. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Al igual que en el plano de las relaciones individuales de trabajo, la descentralización empresarial comporta cambios relevantes en cuanto al Derecho colectivo del trabajo, con consecuencias profundas en el tema de la libertad sindical y la negociación colectiva como derechos fundamentales de los trabajadores.

Suele señalarse que el sindicalismo se encuentra actualmente en un proceso de decadencia, dado el aumento del desempleo y, por ende, de la economía informal, además del cambio en el modelo de las relaciones laborales, que antiguamente se basaba en la idea del bienestar social y descansa, en la actualidad, en el factor productividad.²¹¹ Ahora bien, se reconoce que el papel de la negociación colectiva sigue siendo fundamental en el actual entorno. "(...) En realidad y pese a que, al menos en nuestro medio, la huelga es el instrumento enérgico que sirve para exigir su celebración, cumplimiento o revisión, el contrato colectivo de trabajo es un instrumento pacífico de convivencia. Mediante la convención las partes reducen la lucha a un entendimiento jurídico-económico y crean normas de conducta válidas para su mundo particular y susceptibles de instaurar el equilibrio obrero-patronal."²¹²

Es así que la negociación colectiva viene a ser un medio de solución de conflictos colectivos. Según señala Percy Román²¹³, involucra una variedad de transacciones, acuerdos, ideas y propuestas, en donde las condiciones para su intercambio o

²¹¹ DE BUEN, N. (2001b): pp. 693-694.

²¹² DE BUEN, N. (2001b): p. 684.

²¹³ ROMÁN, P. (2001): *Derecho Laboral*, 2ª Edición, Poligráfica, S.A., Panamá, pp. 169-170.

maternalización no son fijas sino que deben evolucionar a medida que las partes traten de llegar a un compromiso satisfactorio según sus propias expectativas por lo que requiere estimular los intereses comunes y reducir las diferencias para llegar a un convenio aceptable para ambas partes. Pero la negociación colectiva no sólo atiende la solución directa de conflictos sino también de forma indirecta puesto que a través de un convenio colectivo se anticipan soluciones se reglamentan las actividades y se incrementan beneficios de manera que las normas se adecuan a las circunstancias particulares de una empresa actividad o industria

El CT brinda en su artículo 398 una definición de *convención colectiva de trabajo* estableciendo que es todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo celebrado entre un empleador un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores por una parte y por la otra uno o varios sindicatos federaciones confederaciones o centrales de trabajadores

Como suele decirse la *relación de trabajo* es en cierta forma trilateral puesto que junto a los dos sujetos originales e indispensables (*trabajador y empleador*) aparecen normalmente otros y fundamentalmente las *organizaciones profesionales*. En todo caso conviene resaltar que los *sujetos y actores colectivos* a diferencia de los individuales ni trabajan ni emplean el trabajo ajeno sino que crean o contribuyen a crear el marco en el que se desarrollarán las *relaciones de trabajo* ²¹⁴

Junto con la regulación laboral la negociación colectiva representa básicamente un modo efectivo de alcanzar el tan ansiado equilibrio que debe prevalecer en toda relación contractual. Partiendo de esta idea en principio la negociación colectiva estuvo orientada hacia el logro de mejores condiciones laborales que las establecidas en la ley fundamentada en la consideración de las normas laborales como un mínimo de

²¹⁴ BARBAGELATA, H (2002) p 113

garantías a favor de los trabajadores, no existiendo por tanto, la posibilidad de desmejorar condiciones legalmente establecidas. Sin embargo, presenciamos en la actualidad una situación que pudiéramos catalogar, en algunos casos, de diametralmente opuesta: el hecho de que los sindicatos, basados precisamente en su poder de negociación, están viéndose abocados a la negociación de condiciones que pueden resultar, desde cierto punto de vista, desfavorables a los trabajadores, en comparación con su situación actual. Lo anterior, en aras de adaptar la relación de trabajo, a las necesidades productivas del empresario, siendo la intención primordial por parte de las organizaciones sociales, el conservar las fuentes de empleo.

No es posible dejar de lado al evaluar estas circunstancias, las críticas condiciones en las que se encuentra el mercado laboral, el cual, lejos de presenciar un equilibrio entre la oferta y la demanda de trabajo, se encuentra cada vez más inclinado hacia un aumento en la oferta de mano de obra. Evidentemente, ello trae como consecuencia directa, altos niveles de desempleo con todas las secuelas del caso, entre ellas, la presión de los salarios hacia la baja y la tendencia a la inestabilidad laboral.

Dadas las circunstancias actuales, Latinoamérica se ve doblemente desfavorecida debido a la condición que presentan las organizaciones sociales. Nos hacemos eco del señalamiento de Adolfo Ciudad en cuanto a la configuración del sistema de relaciones colectivas de trabajo en Latinoamérica, cuando sentencia que "el Estado siempre se preocupó más de dispensar protección al trabajador individualmente considerado, que por establecer con claridad los derechos colectivos que permitieran evolucionar hacia un sistema autónomo de relaciones de trabajo".²¹⁵

La descentralización empresarial presenta, pues, una serie de problemas prácticos en el ámbito de la negociación colectiva. En primer lugar, la disposición de las partes

²¹⁵ CIUDAD, A. (2002): p. 57.

involucradas para avenirse a negociar merece especial atención. En efecto, estando envueltas varias personas jurídicas en un ciclo productivo, el espíritu de colaboración entre empleadores y trabajadores adquiere un papel protagónico más allá de la estructura formal. La importancia de los acuerdos se ve potenciada en cuanto a las empresas transnacionales. En este sentido, a cambio de la colaboración sindical para la implementación de medidas empresariales en un clima de paz social, los empresarios suelen convenir derechos de información y de consulta con miras a la definición de los objetivos empresariales, la introducción de renovaciones tecnológicas y el traslado de los centros de trabajo.

El tema de la estructura de la negociación colectiva alude a una doble concepción o doble perspectiva de análisis del mismo. Por un lado, comprende el cuadro en el que se celebra la negociación colectiva, el camino formal o informal que utilizan los trabajadores y empresarios para organizar sus relaciones e intereses. Por otra parte, en sentido más restringido, la estructura negocial está referida al marco en que se desarrolla la actividad contractual de los grupos laborales; en otras palabras, la unidad de contratación o nivel de negociación.²¹⁶

Por unidad de negociación o de contratación del convenio colectivo se entiende la parcela de la realidad social acotada por el mismo, el conjunto de relaciones de trabajo (contratos de trabajo) que constituye el ámbito de vigencia o centro de imputación normativa del convenio. En definitiva, el haz de relaciones de trabajo debidamente determinado con arreglo a criterios funcionales y territoriales, regido por el convenio colectivo en cuestión.²¹⁷

²¹⁶ VALDÉS DAL RE F. En TORRES DE LEÓN V (1998) *El Contenido del Convenio Colectivo de Trabajo*. 1ª Edición. Editorial Juris Textos S.A. Panamá, pp. 39-40.

²¹⁷ LÓPEZ PALOMEQUE M. En TORRES DE LEÓN V (1998) *Op. Cit.* p. 44.

Cuando se plantea una discusión en el contexto específico de determinadas ciudades o estados, resulta difícil hacer un balance entre los aspectos de cooperación y de conflicto entre ley y convención colectiva. Se pretende hacer un sistema cada vez más ágil y simplificado de producción, mas no parece haber un punto de balance en relación con el aspecto social. Y es que resulta siempre necesario hacer una conjunción entre aspectos sociales y legales, para abarcar temas como el trabajo temporal y otros tantos aspectos importantes dentro de las economías en constante cambio.

Otro problema a tomar en cuenta es la tipificación jurídica del convenio logrado en el ámbito de la descentralización empresarial. Por ejemplo, la legislación española guarda silencio con respecto al nivel de grupo como unidad de negociación, aunque la conclusión final de la jurisprudencia española en su búsqueda de una adecuada tipificación del acuerdo negociado en un grupo de empresa es la de asimilarlos con los convenios empresariales.²¹⁸ No obstante, al referirnos a grupos de empresas, se reconoce expresamente que, no obstante la existencia de diversas personas jurídicas en la cadena de producción, la dirección de ellas se encuentra centralizada. Si bien ello es así, consideramos que el criterio de los tribunales españoles resulta más que aplicable al ámbito de la descentralización empresarial, por ser semejante el resultado práctico de ambos esquemas.

La jurisprudencia española favorece la negociación colectiva en el ámbito de la empresa, aún cuando sean varias las empresas involucradas como empleadoras en la negociación, tal como se muestra en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1995. En ella, se establece que el Grupo Vitalicio está integrado por una serie de sociedades, las cuales actúan bajo unidad de dirección, prestan memoria y cuentas consolidadas, el personal trabaja indistintamente en una u otra compañía, y aparecen

²¹⁸ TERRADILLOS ORMAETXEA, E. (2000): p. 171.

en las relaciones laborales como una sola empresa. Ante dicha relación, el TS señala que:

"(...) sin duda, un pacto que afecte las relaciones laborales de más de una empresa con los trabajadores de las mismas no es de ámbito empresarial, pero tampoco se puede mantener que encaje dentro del concepto de convenio sectorial.

(...) la afectación del convenio a diversos organismos con personalidad jurídica propia no excluye su calificación de convenio de empresa, pues hay que tener en cuenta la existencia de organizaciones de estructura compleja en las que la unidad de dirección económica o administrativa se proyecte sobre varias unidades productivas o de gestión (...) y *esta unidad de dirección, que da lugar a una especial cohesión de los intereses en juego, es la que debe utilizarse para trazar la línea divisoria entre convenios colectivos de empresa o de sector.*"²¹⁹

Un tercer problema radica en la identificación de los legitimados para negociar en el ámbito de la descentralización empresarial, de lo cual nos ocupamos a continuación.

II. REPRESENTACIÓN Y REPRESENTATIVIDAD SINDICAL: LOS ACTORES DE LA CONTRATACIÓN COLECTIVA EN EL NUEVO ESQUEMA LABORAL

A raíz de la implementación de las tendencias que actualmente se observan en cuanto a intermediación y tercerización, la contratación colectiva presenta también nuevos perfiles.

Con respecto a la libertad sindical desde su vertiente constitutiva, consideramos un avance en la legislación panameña la reducción del número de trabajadores requeridos para la formación de un sindicato, de 50 a 40 miembros, según queda plasmado en el artículo 344 del CT, reformado por la Ley 44 de 1995. No obstante, convendría adoptar el criterio de la OIT, que ha expresado que 20 es un número adecuado de trabajadores para constituir un sindicato. Esto, tomando en cuenta las importantes reducciones de personal que genera la descentralización.

²¹⁹ TERRADILLOS ORMAETXEA, E. (2000): p. 172.

La representación de trabajadores y empleadores para negociar convenciones colectivas está regulada en nuestra legislación en el artículo 400 del Código de Trabajo. Dicha norma establece que las organizaciones sociales de trabajadores deberán estar debidamente inscritas como tales en el MITRADEL, por lo que, en principio, se excluye que grupos no organizados puedan negociar un contrato colectivo de trabajo. De acuerdo con el artículo 346 del CT, la capacidad negocial para los sindicatos de empresa se adquiere con base en la supervivencia misma como sindicato dentro de la empresa y no en virtud del nivel, mayor o menor, de representatividad que pueda tener un grupo u otro, puesto que la ley sólo permite la existencia de un sindicato de empresa dentro de la misma.

A todas luces, vemos que nuestro ordenamiento jurídico resulta insuficiente para abarcar, siquiera en forma básica, las formas de prestación de servicios que se generan por la descentralización. Obviamente, éste es un obstáculo al que todas las regulaciones inmersas en este proceso se han enfrentado, y aún se enfrentan. La conclusión fundamental a la que se ha llegado al respecto parece orientarse a que debe tomarse en un sentido más amplio el concepto de representación sindical, para que los empleados tercerizados puedan ser cubiertos por la negociación.

Así, para Hugo Barretto Ghione, "el mecanismo de relacionamiento más adecuado ante la fragmentación del colectivo obrero debido a la descentralización productiva viene a ser la extensión del alcance subjetivo de la representación ejercida por el sindicato"²²⁰. Plantea Barretto Ghione como alternativa ante el nuevo modelo de estructura empresarial, la extensión de la representación sindical a sectores que estrictamente no se encuentran en relación de dependencia con la misma empresa ya

²²⁰ BARRETTO GHIONE, H. (2000): "Los sindicatos en la descentralización empresarial: la estrategia de la representación". En: GRUPO DE LOS MIÉRCOLES, XXV Aniversario (2000) *Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo*, 1ª Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, p. 453.

que, en general, los sindicatos no han logrado hasta el momento, adecuarse a la nueva manera de organizar la producción.²²¹

Pese a lo señalado por Barretto Ghione, plantea el autor panameño Cecilio Cedalise con respecto a la legislación nacional que "(...) es necesario que las partes prueben su representación y su capacidad para concertar convenios colectivos, lo cual confirma el papel preeminente de los entes sindicales en la negociación colectiva y descarta que cualquier sujeto sin esas condiciones pueda celebrar convenios colectivos (...)"²²². Siendo que la prueba de tal representación es la certificación expedida por el Departamento de Organizaciones Sociales del MITRADEL, y teniendo en consideración nuestra concepción clásica acerca de los sindicatos y su formación, mal pueden los trabajadores que, en principio, están fuera de la planilla de la empresa o grupo económico principal, ser incluidos para los efectos de una negociación colectiva que se lleve a cabo en la empresa madre.

En contraposición a lo expuesto por Cedalise, para Margarita Ibets Centella, la negativa al derecho de negociación colectiva por parte de grupos no organizados, parece contraria a la libertad sindical, dado que ésta contempla no sólo el derecho a

²²¹ Hugo Barretto Ghione presenta un interesante caso de desbordamiento del concepto de representación en Uruguay, dado en la empresa Fábrica Nacional de Papel. Comenta el autor que el sindicato de empresa Centro Unión Obreros Papeleros y Celulosa (CUOPYC) sostuvo fuertes confrontaciones con la fábrica hasta comienzo de los años 90, para luego cambiar de estrategia hacia la negociación del proceso de tercerización. En un principio, el sindicato se opuso a la implementación de cambios flexibilizadores, lo que ocasionó más de cien despidos y una denuncia ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT (caso 1596).

La empresa quiso reorientar su posicionamiento en el mercado regional y transformar sus procesos mediante la coordinación del trabajo por equipos semi-autónomos y la escisión de áreas que eran centrales a la empresa. El sindicato obtuvo algunas garantías en el proceso: se salvaguardó la estabilidad laboral, ya que la empresa se obligó a someter la reducción de lugares de trabajo a una comisión bipartita, y se logró involucrar al sindicato en todo el proceso de tercerización (afiliando a los titulares y dependientes de empresas tercerizadas al FANAPEL y, obligándose las empresas tercerizadas a cumplir con las decisiones emanadas de las asambleas del sindicato, así como también a aportar la cuota sindical).

Véase BARRETTO GHIONE, H. (2000): pp. 455-457.

²²² CEDALISE RIQUELME, C. (2002): "Concepción, Sujetos y Legitimación del Convenio Colectivo". En: 1er. Congreso Nacional de Derecho del Trabajo: 30 años de vigencia del Código de Trabajo de 1972, Editora Sibauste, Panamá, p. 220.

pertenecer a un sindicato de trabajadores, sino también el derecho de no pertenecer al mismo. De este modo, apunta Centella, no puede desconocerse el derecho de los no sindicalizados a celebrar un acuerdo colectivo, simplemente porque, de manera voluntaria, los trabajadores hayan decidido no adherirse a una organización social.²²³ Ahora bien, aclara Centella que la facultad de grupos no organizados para negociar una convención colectiva surge de modo subsidiario, es decir, que mientras exista un sindicato dentro de una empresa, éste es el titular del derecho.²²⁴ Ello se desprende del contenido del artículo 413 del CT, el cual contempla que, tanto un sindicato como un grupo de trabajadores organizados, puede, de común acuerdo con la empresa, celebrar una nueva convención colectiva allí donde exista una convención vigente pactada por un sindicato disuelto.

En el ámbito latinoamericano, distintos son los criterios acogidos por las legislaciones con respecto a la legitimación para negociar. En Bolivia, al igual que en nuestro país, la negociación colectiva, de un lado, se realiza con uno o más patronos y, por otro lado, con un sindicato, federación o confederación de sindicatos de trabajadores con personería jurídica reconocida por el Supremo Gobierno y organizados de acuerdo con la ley. En Ecuador, la negociación se da entre uno o más empleadores o asociaciones de empleadores y una o más asociaciones de trabajadores legalmente constituidas.

Por otra parte, en países del Cono Sur como Chile, Paraguay y Uruguay, el esquema de representatividad se presenta más amplio. En Chile, las partes legitimadas para negociar son de un lado uno o más empleadores, y del otro, una o más organizaciones sindicales o trabajadores que se unen para negociar colectivamente. En

²²³ CENTELLA G., M. (2002): "La convención colectiva de trabajo: sujetos y legitimación". En: 1er. Congreso Nacional de Derecho del Trabajo: 30 años de vigencia del Código de Trabajo de 1972, Editora Sibauste, Panamá, p. 251.

²²⁴ CENTELLA G., M. (2002): p. 257.

Paraguay, las partes negociadoras son por una parte, un empleador o un grupo de empleadores, y una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y organizados por estos últimos, con el objeto de establecer condiciones de trabajo. En Uruguay, la negociación colectiva puede darse entre un empleador o un grupo de empleadores o una o varias organizaciones representativas de empleadores, y por el otro, una o varias organizaciones representativas de los trabajadores. A falta de éstas, la representación es ejercida por delegados electos.²²⁵

Se observa así que la modificación de la legislación, en ciertos casos, propugna por la consolidación de la negociación colectiva restringida al ámbito sindical, al prohibir que los grupos de trabajadores puedan contratar colectivamente cuando existe de por medio un sindicato –tal es el caso de Costa Rica y El Salvador-, mientras que en otros países se han adoptado disposiciones legales en sentido más amplio. En el Perú, Ecuador y Colombia, la ley permite los acuerdos colectivos con trabajadores no sindicalizados y, en este último país, los pactos colectivos (acuerdos sin participación sindical) han aumentado desde 1990 en alrededor de un 10% del total y los convenios colectivos han mermado proporcionalmente.²²⁶

El criterio de la OIT es que "cuando la extensión del convenio se aplica a los trabajadores no afiliados a empresas cubiertas por la convención colectiva, dicha situación no plantea en principio problemas de contradicción con los principios de la libertad sindical, en la medida en que ha sido la organización más representativa la que ha negociado en nombre de la totalidad de los trabajadores y no se trata de empresas

²²⁵ CIUDAD, A. (2002): pp. 64-65.

²²⁶ VEGA RUÍZ, M. (Edit.) (2001): p. 58.

con una pluralidad de establecimientos (situación ésta en que la decisión de extensión debena corresponder a las partes) ²²⁷

Se observa que el criterio de la OIT contempla la posibilidad de extender los efectos de un convenio colectivo a trabajadores no afiliados a empresas cubiertas por la convención atendiendo a criterios de representatividad comprobada. Estimamos que haciendo una extensión de la interpretación del principio del convenio colectivo como *contrato-ley* a las relaciones tercerizadas puede en efecto lograrse que los trabajadores externalizados se beneficien de las garantías y los beneficios de la convención colectiva de la empresa principal si en el propio documento se establece que el mismo será aplicable a trabajadores tercerizados mientras presten servicios a la empresa que ha celebrado la convención colectiva.

El Profesor Mario Grandi²²⁸ define la representación como la condición formal y sustancial de legitimación de los organismos sindicales sea cual fuere su estructura (confederada, sectorial, local y/o empresarial) para el ejercicio de su capacidad o poder de constituirse en centros de interés a fin de lograr la tutela especialmente a través de las actividades contractuales. El autor italiano se ocupa también de la noción de la representatividad haciendo una comparación con la figura de la representación. Para Grandi la noción de representatividad se diferencia de la de representación en que asume en algunos ordenamientos jurídicos internas connotaciones teóricas y funcionales distintas. La noción de representatividad y por tanto de sindicato representativo o más representativo la encontramos con mayor frecuencia en los sistemas de pluralismo sindical. Se refiere a una regla selectiva capaz de identificar

²²⁷ OIT (1996) *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 4. Edición (revisada). Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, p. 198.

²²⁸ GRANDI M. (2003) "Los actores de la contratación colectiva". En *XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Libro de Informes Generales. Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Montevideo, p. 7.

entre muchos sindicatos a aquel o aquellos, al cual o a los cuales se le reconocen determinadas prerrogativas en el ejercicio de la representación (...)²²⁹

En los sistemas de pluralismo sindical, como lo es la Unión Europea, la contratación colectiva, considerada como un derecho fundamental, se encuentra reglamentada de acuerdo con los criterios de representatividad y representación. Así, el artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 dispone lo siguiente:

"Artículo 28. Derecho de negociación y de acción colectiva

Los trabajadores y los empresarios o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga." (Lo subrayado es nuestro)

En el modelo comunitario, y atendiendo a la redacción del precepto anterior, puede entonces darse la negociación colectiva sin la intervención de sindicatos.

Al abordar el tema de los actores de la contratación colectiva, resultan de obligada referencia los acuerdos de empresa, plenamente reconocidos en la Unión Europea e, incluso, incentivados en su implementación dentro del marco legal español, los cuales se perfilan como la vía hacia un modelo autosuficiente de relaciones industriales.²³⁰ En nuestra opinión, los acuerdos de empresa se constituyen en un resultado realmente positivo de la interacción de empleadores y trabajadores, siempre que los mismos sean producto de un proceso de negociación en el que predomine la madurez por parte de los actores sociales, así como también se den las garantías otorgadas por el Estado en cuanto al cumplimiento de los compromisos asumidos.²³¹ Ejemplo de ello es el sistema

²²⁹ GRANDI, M. (2003): p. 9.

²³⁰ OJEDA AVILÉS, A. (1996): p. 201.

²³¹ Bien sabemos que la validez de los acuerdos de empresa es un asunto fuertemente debatido en nuestro país, toda vez que estos pactos son considerados como práctica antisindical por una parte de la doctrina, así

español en el que se permite la libre elección por parte de los negociadores del ámbito de aplicación del convenio²³²

No hay que olvidar además que la representación sindical en las multinacionales resulta un tópico particularmente interesante. En las relaciones de las empresas transnacionales con los sindicatos se dice que la acción sindical se encuentra con dos problemas fundamentales. Por una parte, la facilidad con la cual se da la transferencia de actividades de un país a otro, bien sea de modo temporal o definitivo. Por otro lado, la ubicación del centro de decisión de la empresa está, en muchas ocasiones, fuera del ámbito en el cual se da el conflicto, por tanto, fuera del radio de acción del sindicato local. Por ello, se plantea en la doctrina que la negociación por rama o industria es la modalidad que resulta imprescindible desarrollar, ya que cuenta con un ámbito mucho mayor de representatividad.²³³ El tema de las relaciones colectivas en las transnacionales ha sido ampliamente tratado en la UE y, al respecto, los acuerdos de empresa se perfilan como una alternativa viable.

Como solución a los problemas que plantea la representatividad tanto empresarial como de los trabajadores en los grupos de empresa, Edurne Terradillos²³⁴ propone

como también por el sector sindical tradicional. Como argumento a favor de los acuerdos de empresa, Ojeda Avilés estima que los convenios colectivos tradicionales, aunque aparentemente han sido promocionados como favorables a los sindicatos, han contribuido en la práctica a la situación de debilidad de los mismos actualmente. Según el autor español, el punto de vista que niega eficacia a los acuerdos de empresa se compadece con la política intervencionista puesta en ejecución durante la dictadura española, período durante el cual la negociación sólo podía ejercerse por los sindicatos oficiales y bajo la tutela estricta del Estado. La situación actual es favorable y demostrativa de una actividad madura, a la luz de la cual es posible alcanzar acuerdos de importancia al margen de la tutela del Estado. Aunque Ojeda Avilés concuerda parcialmente con el criterio ampliamente vertido acerca de que la privatización de la regulación colectiva puede ser peligrosa –toda vez que reconoce que se ha llegado demasiado lejos en cuanto a la flexibilización de la aplicación de los convenios colectivos–, además de lo cual, la internacionalización de la economía con la consecuente estructura descentralizada de la negociación colectiva ha hecho más competitivos y fuertes a los empleadores, adoptar una oposición a ultranza en contra de los acuerdos de empresa no hace más que reflejar el miedo de muchos hacia lo desconocido.

Véase OJEDA AVILÉS A (1996) pp 206-209

²³² TORRES DE LEÓN V (1998) p 59

²³³ NADAL VIGNOLO S (1983) pp 73-74

²³⁴ TERRADILLOS ORMAETXEA E (2000) pp 220-221

que para ajustar las representaciones de ambos lados es prudente potenciar a los sindicatos como contrapoder a las nuevas formas de asociacionismo empresarial. A nivel del Estado la consecución de un movimiento sindical comprometido con los problemas relacionados con la empresa de grupo que fortaleciera la posición de los trabajadores frente al grupo se vería animado con la unidad de acción de los sindicatos más representativos plantea la autora. Propone además Terradillos que la instauración mediante convenio colectivo de una instancia de representación a nivel de grupo o en su caso la prolongación del ámbito de actuación de las instancias legales y sindicales al ámbito de la empresa de grupo puede además efectuarse en el actual marco legislativo desde la legitimación negociadora de interlocutores externos al grupo en cuestión.

Se pone de manifiesto una vez más la preponderancia que adquiere la negociación colectiva por rama de actividad más que por empresa. Sin embargo en nuestros países latinoamericanos la tendencia sigue siendo hacia el sindicato de empresa.

Muestra de ello es lo que se observa en Perú, en donde tanto la legislación como la jurisprudencia tienden a deshacer la preferencia hacia el sindicato de rama con efectos negativos en cuanto a la capacidad de negociación de los trabajadores. La legislación peruana exige que sean convocadas a negociar todas las empresas del sector. A propósito de ello el Profesor Orlando González Nieves²³⁵ comenta que los artículos 45, 46 y III Disp. Trans. del DL 25593 señalan que de no existir convención colectiva previa el nivel de negociación es la empresa salvo acuerdo entre las partes para la convención colectiva de rama es óbice que sean convocadas todas las empresas respectivas y donde ya existe negociación colectiva por rama de actividad.

²³⁵ GONZÁLEZ NIEVES O (1998) La reforma laboral peruana: un intento de percepción global. En XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. T. I. Editora Sibauste S.A. Panamá, pp. 202-203.

las partes deben ratificar o modificar su voluntad de seguir negociando en dicho nivel y, de no haber acuerdo, la negociación retrocede al nivel de la empresa.²³⁶

El problema fundamental, pues, en cuanto a la representación sindical debe ser ubicado atendiendo a la propia naturaleza del Derecho del Trabajo y las definiciones de lo que tradicionalmente se considera como trabajador y empleador. Se dice que la descentralización empresarial provoca el escape de gran número de trabajadores de la protección que brindan las normas laborales. Aunque consideramos que las diversas modalidades de *outsourcing* son positivas en su justa intención y aplicación, no puede negarse que las mismas conllevan, en gran medida, una suerte de desafectación o alejamiento de los trabajadores con respecto al ámbito colectivo del Derecho laboral.

Por ello, consideramos esencial lograr que el contenido de la convención colectiva sea aplicable a los trabajadores externalizados. Por otra parte, estimamos que los acuerdos de empresa, pudieran también resultar de utilidad para pactar las condiciones que habrán de regir las relaciones laborales dentro de una empresa, allí donde no existan las condiciones legales para la creación de un sindicato. Con medidas de este tipo, lejos de debilitarse el movimiento sindical, se vería fortalecida la acción colectiva de los trabajadores, la cual, antes como ahora, resulta indispensable para el desenvolvimiento exitoso de las relaciones laborales.

²³⁶ En este sentido, comenta con preocupación el Profesor González Nieves, el retroceso que, en su opinión, representan las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la industria de la construcción. Señala el autor que, luego de más de 30 años de negociación por rama entre los empleadores y la Federación de Trabajadores de Construcción Civil, como parte de la adecuación a la Ley 25593, fue expedida la R.M. No. 053-93-TR, que ratificó la negociación a nivel de rama. La misma fue recurrida mediante acción popular interpuesta por la Cámara Peruana de la Construcción. El 24 de abril de 1996, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia de la 1ª Sala Laboral de la Corte Superior de Lima y declaró fundada la acción. Luego de ello, el 5 de junio de 1996 se expidió la R.M. No. 051-96-TR, la cual hace descender la negociación colectiva de la rama de actividad a la empresa, toda vez que no había acuerdo entre las partes. Más aun, se aclaró que el término empresa debía considerarse como obra.

GONZÁLEZ NIEVES, O. (1998): p. 203.

III. EFECTOS DE LA DESCENTRALIZACIÓN EMPRESARIAL EN LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

Se plantea en la doctrina que se está pasando de una regulación de tipo colectiva y uniforme a una de tipo individual y fragmentaria. Lo colectivo cede lugar a las particularidades y singularidades, renace la autonomía de la voluntad y se reivindica el derecho del trabajador de acordar individualmente con la empresa sus condiciones de trabajo. Se prioriza la determinación del salario en función de la capacitación y rendimiento individual, o grupal cuando se trate de trabajadores asignados a tareas comunes, a la mejora de la productividad y resultados económicos de la unidad de producción.²³⁷

Por su parte, Rosenbaum Rímolo, indica que la negociación colectiva en cuanto a las condiciones en las que se lleva a cabo el proceso de descentralización empresarial, se produce en dos vías: "el primer curso corresponde a una *negociación 'defensiva' (o protectora)*, es decir, impeditiva o limitativa del poder de dirección empresarial, procurando preservar el empleo y ciertos niveles de condiciones de trabajo en el seno de las organizaciones productivas."²³⁸ En estos casos, la negociación se considera de alto nivel por parte de los trabajadores. Por otra parte, "el segundo curso transitado sobre estos temas corresponde a *'negociaciones de concesión' (o transaccionales)*, indicativas de recíprocos intercambios por los que las partes han otorgado algo para obtener algo."²³⁹ Este tipo de negociación se caracteriza por una limitada capacidad de negociación por parte de las organizaciones sindicales de trabajadores, demostrativa de un desequilibrio de fuerza, lo cual pudiera finalmente resultar en reformas *in pejus*.

²³⁷ ZAPIRAIN, H. (2000): pp. -451-452.

²³⁸ ROSENBAUM RÍMOLO, J. (2000): p. 498.

²³⁹ ROSENBAUM RÍMOLO, J. (2000): p. 500.

Al efecto plantea Héctor Babace²⁴⁰ atendiendo a la realidad uruguaya que las organizaciones sindicales carecen de fuerza para impedir la atomización de las unidades productivas por lo que les es imposible evitar la descentralización de la negociación colectiva e incluso impedir que se produzca un vacío por absoluta inexistencia de negociación en ese ámbito

Debemos expresar nuestra concordancia con las opiniones vertidas por los autores anteriormente citados en relación con el impacto negativo que en general parece representar la descentralización empresarial en relación con las relaciones colectivas de trabajo. En definitiva la negociación colectiva se perfila encaminada a nivel internacional no ya a la obtención de más derechos y garantías a favor de los trabajadores sino a la defensa de los logros ya alcanzados en cuanto a condiciones de trabajo. No se trata ya de ganar más terreno para el sindicalismo sino de no perder posiciones y mantener lo que se tiene por lo cual el sindicalismo está jugando en la actualidad un papel defensivo más que ofensivo como fuera en años anteriores. Todo parece indicar que en suma la dinámica del relacionamiento laboral de tipo colectivo está en una etapa de cambio radical.

Esta situación es palpable en la Unión Europea caracterizada hasta la fecha por sus altos estándares en lo atinente a las condiciones de empleo que se están viendo amenazadas por la alta competitividad de potencias como Estados Unidos y los países asiáticos. Panamá no escapa a esa realidad ya que de igual forma nos vemos inmersos en el proceso de apertura económica y globalización observándose en estos momentos una contracción en nuestro país del crecimiento del movimiento sindical. Evidentemente en esta apreciación hay una multiplicidad de factores a tomarse en

²⁴⁰ BABACE H (2000) "Descentralización empresarial: niveles y articulación de la negociación colectiva". En GRUPO DE LOS MIERCOLES XXV Aniversario (2000) *Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo* 1 Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo p. 521

consideración antes de aventurarnos a dejar sentada una conclusión final. Puede aludirse a circunstancias como los elevados niveles de desempleo, deficiencias en la implementación de políticas gubernamentales de incentivo a la actividad sindical y la falta de aceptación generalizada del movimiento sindical que siempre ha prevalecido en nuestra región. No obstante, no podemos dejar de lado la influencia que han ejercido las reducciones de personal en las grandes empresas y los procesos de descentralización empresarial en la pérdida de poder de la negociación colectiva que se aprecia por parte del sector trabajador.

En síntesis, las consecuencias de la descentralización productiva en el escenario de las relaciones colectivas de trabajo pueden resumirse en tres puntos:

A. CAMBIA EL ESCENARIO EN EL CUAL SE DAN LAS RELACIONES COLECTIVAS

Con la externalización, suele producirse un cambio de escenario o contexto de las relaciones colectivas, debido a que se difuminan las fronteras de la empresa, lo cual se da por iniciativa del empleador, en virtud de su poder de dirección. En cuanto a la posición de los sindicatos, la tendencia general, en primera instancia, es a la pérdida de poder, debido a la reducción física del tamaño del centro de trabajo.

La mecánica de la negociación colectiva en cuanto a la descentralización es, pues, sumamente interesante. Primeramente, la empresa empieza a negociar con el sindicato la conversión de su estructura para alcanzar el rendimiento y objetivos propuestos. Luego de darse esta reestructuración, aparecen en escena nuevos sujetos y relaciones jurídicas y económicas. El modelo empresarial resultante se ve rodeado de múltiples relaciones con empresas reducidas, en muchos casos unipersonales, las cuales se presentan tercerizadas, subcontratadas, prestadoras de mano de obra eventual y

proveedoras de actividades bienes y servicios de tipo contingente complementario o periférico a la actividad central de la empresa

El modelo que emerge no se compadece con las relaciones de trabajo entendidas de modo tradicional bajo el marco de las regulaciones laborales con las que todavía cuentan la mayoría de nuestros países. En consecuencia la empresa tiende a descentralizarse y la negociación colectiva más que descentralizarse también tiende a desaparecer.

En el capítulo anterior se hizo alusión al derecho de oposición que a nivel individual reconocen algunas legislaciones a los trabajadores que vayan a ser tercerizados en virtud de la descentralización. Fue planteado que cuando la transferencia concierne a una parte de la empresa el sistema de protección debería prever el interés de los asalariados en la conservación de sus puestos de trabajo ante el cedente. El consentimiento de los asalariados a la transferencia podría ser considerado como normalmente implícito o expresado en términos de conformidad pero cuando el asalariado hace explícito su desacuerdo a la transferencia debería tener derecho a permanecer contractualmente vinculado con el empleador con quien se creó el vínculo contractual original. Tal solución adoptada por los ordenamientos jurídicos que reconocen un derecho de oposición introduce indudablemente elementos de rigidez pero al mismo tiempo desempeña un papel positivo en la regulación de los comportamientos del mercado induciendo a la empresa que descentraliza a buscar interlocutores sólidos y fiables para obtener más fácilmente el consentimiento de las organizaciones sindicales de las representaciones colectivas de los asalariados y de los asalariados mismos.²⁴¹

²⁴¹ DE LUCA TAMAJO R y PERULLI A (2006) pp 43-44

Al derecho de oposición se le atribuyen así consecuencias no sólo a nivel del contrato individual de trabajo sino también a nivel colectivo. Al estar legalmente facultados los trabajadores para oponerse a la externalización se ve obligado el empleador a negociar con los sindicatos las condiciones del proceso con miras a garantizarse la aprobación individual de los trabajadores cuyas posiciones se verán afectadas.

Preciso es detenemos a analizar tres aspectos de especial interés en este punto cómo se vislumbra la posibilidad de que exista negociación colectiva con trabajadores autónomos cuál es el ámbito de aplicación que se le concede a las convenciones colectivas y una especial referencia al suministro de mano de obra.

1 NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y TRABAJO AUTÓNOMO

Tomando en consideración los tres niveles de negociación colectiva existentes (en las propias empresas en una determinada industria o sector y a nivel nacional o macroeconómico) el nivel intermedio siempre ha sido llamado a adquirir una mayor relevancia en cuanto al establecimiento de las condiciones de trabajo para los trabajadores de un determinado sector productivo. Y es que precisamente la nueva estructura descentralizada de las empresas trae a colación la importancia de determinar cuáles son las unidades de negociación por parte de los trabajadores y cuáles son las bases que han de regir el proceso.

Ahora bien dentro del sistema descentralizado de producción la actividad sindical no está excluida en cuanto a los trabajadores independientes o autónomos que bien pueden organizarse para defender sus intereses y lograr acuerdos que les resulten beneficiosos con respecto a los servicios que prestan. Así lo deja sentado el Comité de Libertad Sindical de la OIT al señalar que

"En base a los principios de la libertad sindical, todos los trabajadores —con la sola excepción de los miembros de las fuerzas armadas y la policía— deberían tener el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a las mismas. El criterio para determinar las personas cubiertas por este derecho no se funda por tanto en la existencia de un vínculo laboral con un empleador, que a menudo no existe, por ejemplo en el caso de los trabajadores de la agricultura, los trabajadores autónomos en general o los que desempeñan profesiones liberales, y que, sin embargo, deben disfrutar del derecho de organizarse."²⁴²

Así pues, al derecho de organización y afiliación sindical debería otorgársele un espectro amplio, que ampare a todos los trabajadores sin distinción alguna, incluso aquellos contratados temporalmente, en período de prueba, concesionarios, trabajadores de zonas francas, etc.²⁴³ En concordancia con lo señalado por la OIT, en Panamá, el artículo 336 del CT dispone que los trabajadores independientes pueden asociarse en sindicatos de trabajadores, siempre que quienes los compongan no utilicen mano de obra ajena en sus labores.

Pese al criterio de la OIT y lo dispuesto en nuestra legislación, varias son las presiones a las que se ve enfrentado el sistema de relaciones laborales en la actualidad. Con respecto al orden sociocultural, señala Torres De León²⁴⁴ que las nuevas tecnologías, como la internet, los avances informáticos y la propia televisión, van propiciando un mundo en solitario, lo que en el aspecto laboral repercute en la pérdida de una identidad de clase y de colectividad. El sindicato como fenómeno colectivo se debilita, ya que la solidaridad como elemento de convivencia social se desvaloriza. La sociedad individualista no precisa solidaridad ni defensa colectiva.

La situación que describe Torres De León se hace aun más evidente en ciertas categorías de descentralización, como es el caso del teletrabajo, modalidad en la cual los prestadores del servicio pueden ser considerados trabajadores subordinados o

²⁴² OIT (1996): p. 53.

²⁴³ OIT (1996): pp. 54-55.

²⁴⁴ TORRES DE LEÓN, V. (2002): p. 49.

trabajadores independientes. Sin embargo, cabe resaltar que los organismos sindicales a nivel internacional también utilizan masivamente estos medios tecnológicos de comunicación. En cuanto a los instrumentos o mecanismos que ayudan a facilitar el ejercicio de la representación, se recurre a soluciones innovadoras, tales como anuncios en páginas web o mensajería electrónica (*e-mail*); se plantea que el derecho de participación de los teletrabajadores podría darse mediante salas de *chat* de voz, en las cuales el moderador vendría a ser el representante sindical, etc.²⁴⁵

El inconveniente que se observa a todas luces es la dificultad en la adaptación de los trabajadores a los mecanismos que comprenden el uso de tecnologías de la comunicación, lo cual resulta especialmente complejo en muchos de nuestros países subdesarrollados, ya que estos avances no están al alcance de la población de escasos recursos económicos o de áreas apartadas. En este sentido, nos atreveríamos a afirmar que la reducción de la brecha tecnológica, la cual conlleva una educación más competitiva, así como también rapidez en cuanto al acceso a la información, resultaría en un beneficio directo para las organizaciones sociales porque se facilitaría enormemente la comunicación entre los miembros de las mismas.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

La eficacia y cobertura de los convenios colectivos ostenta desigual intensidad en los diversos países del orbe. En Costa Rica y Guatemala, la convención colectiva tiene fuerza de ley para las partes que la suscriben; para todas las personas que, en el momento de la entrada en vigor, trabajen en la empresa, empresas o centros de producción a que el pacto se refiera, en lo que aquéllas resulten favorables y aún cuando no sean miembros del o de los sindicatos de trabajadores que lo hubieren

²⁴⁵ PINO ESTRADA, M. (2002): "El teletrabajo en el Derecho colectivo brasileño". En: XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ponencia voluntaria, Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, formato CD, Easy Planners Congresos & Exposiciones, Montevideo.

celebrado; así como también se aplica en los contratos individuales o colectivos dentro de la misma empresa, empresas o centros de producción afectados por el pacto que se celebren en el futuro.²⁴⁶

En Bolivia, el contrato colectivo obliga quienes lo han celebrado, a los obreros que después se adhieran a él por escrito, y a quienes posteriormente ingresen al sindicato contratante.²⁴⁷

En Panamá, las convenciones colectivas únicamente pueden ser celebradas, por parte de los trabajadores, por uno o varios sindicatos, federaciones, confederaciones o centrales de trabajadores, con lo cual se excluye que trabajadores no organizados puedan negociar colectivamente (artículo 398 CT). El CT dispone que:

"Artículo 404.- Las cláusulas de la Convención Colectiva se aplicarán a todas las categorías de trabajadores que estén empleados en la o las empresas comprendidas por la Convención Colectiva, a menos que la convención prevea expresamente lo contrario.

Artículo 405.- La Convención Colectiva se aplicará a todas las personas que trabajen, en las categorías comprendidas en la convención, en la empresa, negocio o establecimiento, aunque no sean miembros del sindicato.
(...)"

En nuestro país, aunque la capacidad negociadora se hace recaer según el CT en las organizaciones sociales debidamente autorizadas por el MITRADEL, por interpretación del artículo 404, se entiende que los efectos de las convenciones colectivas pudieran extenderse a trabajadores tercerizados, si así lo prevé el propio convenio. Igualmente, si se interpreta en sentido amplio el artículo 405, podría aplicarse la convención colectiva a trabajadores en régimen de *outsourcing*. En dicha norma, si bien la frase "las personas que trabajen", en sentido restringido, comprendería solamente a los trabajadores contratados por la empresa, en sentido amplio, pudiera abarcar a quienes presten servicios dentro de la empresa, negocio o establecimiento.

²⁴⁶ CIUDAD, A. (2002): p. 68.

²⁴⁷ CIUDAD, A. (2002): p. 67.

El factor de la aplicación de los convenios colectivos hace, pues, más complicado el tratar de llegar a acuerdos acerca de la descentralización empresarial, cuando los mismos deban trascender las fronteras de un país, tal como sucede con las operaciones de las multinacionales. Siendo que la figura del convenio o la convención colectiva de trabajo está diseñada para aplicarse en el ámbito intra-fronteras, cada legislación nacional establece al respecto su propia regulación. Mas aún, la convención colectiva internacional propiamente tal no existe, por lo que la transnacional negocia su propia convención en cada país en donde establece operaciones y, lógicamente, de acuerdo con la legislación laboral local.

3. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SUMINISTRO DE MANO DE OBRA

En algunos ordenamientos jurídicos se dificulta proteger los intereses colectivos de trabajadores contratados por empresas de suministro de mano de obra temporal. Por ejemplo, en EEUU, la Junta Nacional de Relaciones de Trabajo, (JNRT) 'The National Labour Relations Board (NLRB)' precisó en 1990, que los trabajadores temporales proporcionados no pueden formar parte de la misma categoría contractual que los trabajadores que dependen de la empresa utilizadora, a menos que exista un doble consentimiento de la agencia y del utilizador. Sin este consentimiento, la JNRT se rehusaría a admitir una representación sindical reuniendo trabajadores temporales proporcionados y los otros trabajadores. Esta regla del doble consentimiento ha hecho difícil por muchos años la sindicalización de los trabajadores temporales. En el 2000, la JNRT volvió sobre su posición y admitió que los trabajadores temporales y los de la empresa utilizadora puedan constituir una única representación sobre la base de la mera comunidad de intereses. En el 2004, la JNRT volvió sobre sus pasos y reintrodujo la regla del doble consentimiento que concretamente hace muy difícil la posibilidad de constituir una representación unificada. De hecho, la dispersión espacial de los

trabajadores temporales los priva de una representación eficaz de sus intereses propios y de una conciencia colectiva firme.²⁴⁸

Contrariamente, en otros sistemas legales se tiende a atribuir derechos sindicales a los trabajadores temporales frente a la empresa utilizadora. Tal protección presenta diferentes grados de intensidad.

En España, la fase inicial caracterizada por la proliferación de convenios colectivos a nivel de las agencias, se encuentra superada. Existe ahora un contrato colectivo aplicable, suscrito por las organizaciones sindicales del sector y por todas las empresas de trabajo temporal. En ese país, se reconoce al trabajador el derecho a presentar frente al utilizador y por medio de los representantes de los asalariados de estos últimos, reclamaciones sobre el desarrollo de la prestación del servicio.

El sistema austriaco resulta especialmente interesante. En Austria, todas las empresas con más de cinco asalariados, incluyendo las agencias de trabajo temporal, deben necesariamente tener una representación sindical interna elegida por los trabajadores, a los cuales se garantizan derechos de información y co-decisión en los sectores que interesan a los trabajadores. Si el suministro dura más de seis meses, los intereses del trabajador temporal serán protegidos por los representantes sindicales elegidos en la empresa utilizadora. Además, si hay elecciones de representantes sindicales en la empresa utilizadora mientras subsista una situación de suministro, los trabajadores de la agencia tienen derecho a voto. De hecho, se da aquí una doble representación sindical: a lo interno de la agencia y en cuanto al utilizador de sus servicios. No obstante, la representación sindical en la empresa utilizadora sólo incide en los aspectos relacionados con la prestación que brinda el asalariado al utilizador.

²⁴⁸ DE LUCA TAMAJO, R. y PERULLI, A. (2006): p. 99.

Todos los demás aspectos (terminación de la relación laboral, indemnizaciones, preavisos, etc.) son competencia de la representación sindical en la agencia.

En Latinoamérica, puede citarse a Venezuela como un caso de ampliación de la negociación colectiva en cuanto a las empresas de suministro de mano de obra. Allí, hasta la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Prevención del 26 de julio del 2005, se podían configurar relaciones colectivas de trabajo únicamente entre trabajadores temporales y agencias. Ahora, pueden emerger relaciones colectivas entre trabajadores de la agencia y el utilizador.²⁴⁹

En nuestro país, no se encuentran disposiciones legales que permitan a los trabajadores empleados por empresas privadas de colocación o de suministro de mano de obra temporal, ser partícipes del relacionamiento laboral colectivo de la empresa en la cual prestan servicios.

B. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA PRESENTA UNA TRANSFORMACIÓN, TENDIENTE A LA DISMINUCIÓN

Se ha mencionado ya que se observa un retroceso en la beligerancia de los sindicatos para obtener mejores condiciones de trabajo²⁵⁰, la cual ha sido su razón de existir, desde el surgimiento del Derecho del Trabajo y las relaciones laborales colectivas. Ello, como consecuencia directa de la reducción en el número de trabajadores de las empresas que optan por poner en práctica procesos de

²⁴⁹ Véase DE LUCA TAMAJO, R. y PERULLI, A. (2006): pp. 99-101.

²⁵⁰ En 1993, Volkswagen AG y el Sindicato Industriegewerkschaft Metall celebraron un convenio colectivo en el que la empresa renunció a su derecho al despido por causas tecnológicas o económicas durante la vigencia del convenio (dos años). Por su parte, los trabajadores consintieron una reducción de sus salarios de catorce a trece pagas mensuales, junto con una reducción del 20 por ciento de la jornada laboral. En ese entonces, la empresa, con una planilla de 100.000 empleados, se planteaba la eliminación de 30.000 plazas de trabajo. Quedó aquí demostrado, según bien comenta el Profesor Klaus Adomeit, que el sindicato reconoció que más vale un trabajo seguro que uno mejor remunerado y menos seguro. ADOMEIT, K. (1996): "Dos acuerdos de empresa paradigmáticos en el sector automovilístico alemán". En: *El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa*, VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, p. 232.

descentralización. Las drásticas reducciones de personal llevan aparejadas la caída del número de afiliados a las organizaciones sindicales. Aunado a ello, como es sabido, en las pequeñas empresas de nuestro medio, la actividad sindical es, prácticamente, nula, siendo la propia subsistencia de la pequeña nueva empresa particularmente insegura.

Paralelo a ello, y en respuesta a la tendencia descrita, el relacionamiento colectivo *ajeno a la figura del sindicato* presenta una expansión, debido a los variados mecanismos que vienen implementándose en países con un desarrollo sindical elevado, a saber:

1. El modelo de cogestión: en el cual la empresa está dirigida por un organismo conjunto conformado por trabajadores y empresarios, con igual número de representantes, cuyo presidente siempre es el patrono. Este mecanismo es utilizado en Alemania y cabe destacar que, en caso de empate al momento de tomar una decisión, el patrono tiene voto de calidad.
2. Comités o consejos de trabajadores: son comisiones *ad hoc*, conformadas exclusivamente por trabajadores, que asumen la representación de los trabajadores frente al empresario. Se distinguen tres niveles de participación. El primero está referido a derechos de información; el segundo, a nivel de consulta y, el tercero, al poder de decisión ejercido en conjunto con el empleador, sobre determinadas materias.
3. Comités mixtos: son consejos o comités donde se integran los trabajadores y el empresario, o sus representantes. Constituyen un escenario de encuentro y colaboración entre ambas partes y en ellos se materializan los derechos de información, consulta o codecisión reconocidos a los trabajadores.²⁵¹

²⁵¹ TORRES DE LEÓN, V. (1998): p. 87.

En Inglaterra por ejemplo se aprecia la implementación de modelos de representación distintos a la figura del sindicato. El sistema de relaciones laborales de los ingleses permite la existencia de comités de planta o consejos de trabajadores los que son de tipo voluntario excepto en las industrias nacionalizadas. Se trata de consejos conjuntos que abordan temas no tratados en la negociación colectiva tales como actividades asistenciales, problemas de productividad y cambios tecnológicos.²⁵²

Hay así una tendencia fuerte a la negociación en la empresa o *enterprise bargaining*. En el Reino Unido la protección brindada en el caso de las denominadas transferencias de empresas (*transfers of undertakings*) se extiende a diversos aspectos. Además de estipular la continuidad de la relación laboral y la interdicción del despido en relación con el proceso de transferencia, se establece la aplicación del convenio colectivo como si fuera negociado con el cesionario (*transferee*). Semejantes disposiciones se encuentran en la legislación sueca e italiana. Ello conlleva a que se haga referencia al principio de intangibilidad en el marco de los países comunitarios según el cual las relaciones laborales continúan *ex lege* con el cesionario con el mantenimiento de todos los derechos quedando expresamente prohibidas las estipulaciones destinadas a excluir sus protecciones.²⁵³

En efecto, las recomendaciones planteadas por entidades internacionales van encaminadas hacia el mantenimiento de puentes de comunicación que coadyuven a que el proceso de reestructuración sea verdaderamente participativo. En este sentido, las Líneas Directrices de la OCDE (Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos) para las Empresas Multinacionales (*OECD Guidelines for Multinational Enterprises*) –adoptadas en París el 27 de junio de 2000– hacen puntual referencia

²⁵² RAY MARSHALL F y otros (1987). En TORRES DE LEÓN V (1998) p. 88.

²⁵³ DE LUCA TAMAJO R. y PERULLI A. (2006) pp. 48-49.

dentro del apartado IV sobre empleo y relaciones laborales²⁵⁴ a la importancia de una participación activa de los trabajadores en la discusión de medidas que sea necesario adoptar en cuanto a la estructura empresarial así como también aluden al tema de la buena fe como base del relacionamiento de las partes involucradas en el proceso de producción

De otro lado aunque se prevé que la negociación colectiva tradicional (por medio de la acción sindical) tiende a la disminución hay quienes apuestan a que el libre mercado de trabajo impone límites a las escalas salariales por lo que el temor a una reducción desmedida de los salarios resulta infundado A la luz de esta posición la elevada competitividad en el mercado hace que las empresas aumenten incentivos en la remuneración para captar a los trabajadores más competentes Siendo que el debate se da aquí en cuanto a la remuneración esto no entra en el ámbito de las normas

²⁵⁴ IV EMPLEO Y RELACIONES LABORALES

En el marco de las disposiciones legales y reglamentarias aplicables y de las prácticas en vigor en materia de empleo y relaciones laborales las empresas deberán
()

6 Cuando se contemplen cambios en sus actividades que puedan tener efectos significativos sobre los medios de subsistencia de los trabajadores en el caso concretamente del cierre de una entidad que implique ceses o despidos colectivos notificar dichos cambios con una antelación razonable a los representantes de los trabajadores y en su caso a las autoridades públicas competentes y colaborar con los representantes de los trabajadores y con las autoridades públicas competentes para atenuar en la máxima medida de lo posible los efectos adversos Sería conveniente que la dirección pudiera enviar dicha notificación en vistas de las circunstancias concretas de cada caso antes de la adopción de la decisión final Pueden emplearse otros medios para que se establezca una cooperación constructiva encaminada a atenuar los efectos de dichas decisiones

7 No amenazar en el marco de negociaciones realizadas de buena fe con los representantes de los trabajadores acerca de las condiciones laborales o cuando los trabajadores ejercen el derecho de organizarse con el traslado fuera del país en cuestión de la totalidad o de una parte de una unidad de explotación ni con el traslado a otros países de los trabajadores procedentes de entidades integrantes de la empresa con el fin de influir injustamente en dichas negociaciones o de obstaculizar el derecho a organizarse

8 Permitir a los representantes autorizados de sus trabajadores negociar acerca de cuestiones relacionadas con convenios colectivos o relaciones entre trabajadores y empresas y permitir a las partes consultarse acerca de asuntos de interés mutuo con representantes patronales autorizados para adoptar decisiones respecto a estas cuestiones

ERMIDA URIARTE O y RACCIATTI O (2003) pp 703 704

fundamentales del trabajo²⁵⁵ Ahora bien aunque el comentario es válido hay que precisar que sólo resulta aplicable a una pequeña porción del universo de la población laboral (los trabajadores altamente calificados) Mientras tanto los trabajadores no calificados continúan requiriendo de una regulación legal de carácter indisponible a los efectos de garantizar el establecimiento de sus derechos laborales básicos

La legislación laboral fue así concebida para ser aplicada uniformemente a las relaciones laborales La igualdad de las condiciones de trabajo en sentido amplio es un imperativo que interesa al trabajador y es al propio tiempo un elemento regulador de la competencia comercial²⁵⁶ Claro está siendo compatible con esta idea la existencia de regímenes especiales de trabajo variaciones por productividad etc

Se ha explicado que el sistema descentralizado de producción parece hacer propicia la proliferación de los pequeños empresarios En este contexto son generalizadas en nuestras legislaciones ciertas disposiciones especiales que guardan relación con el tamaño de la empresa Hoy en día hay una tendencia a suprimir disposiciones inadecuadas para las pequeñas y medianas empresas o a reemplazarlas por otras que aligeren los trámites administrativos²⁵⁷ El Convenio No 158 de la OIT sobre terminación de la relación de trabajo que data de 1982 dispone excepciones de aplicación de todo el convenio o de algunas de sus partes en consideración al tamaño de la empresa empleadora

Por ejemplo en Panamá se establece la obligación de poseer reglamento interno de trabajo solo en las empresas con diez o más trabajadores la clasificación del salario mínimo varía según el tamaño del empleador y en caso de terminación de la relación laboral no se considera obligatorio el reintegro de los trabajadores de

²⁵⁵ ERMIDA URIARTE O y RACCIATTI O (2003) pp 709 710

²⁵⁶ VEGA RUIZ M (Edit) (2001) p 49

²⁵⁷ VEGA RUIZ, M (Edit) (2001) p 49

pequeñas empresas, así como también en los establecimientos de venta al por menor y empresas de servicios que empleen cinco o menos trabajadores, salvo que se trate de establecimientos financieros, de seguros y de bienes raíces.

En Colombia, la indemnización por despido es reducida para las empresas con patrimonio líquido gravable inferior a mil salarios mínimos, pero allí, como también en Brasil y Perú, las pequeñas empresas están sometidas al régimen general. Por otra parte, en Venezuela y en el Perú se limita el derecho al reintegro de los trabajadores de tales empresas o de ciertas de ellas: según la ley venezolana, los patronos que ocupen menos de diez trabajadores no están obligados al reenganche, aunque sí a las prestaciones debidas; por su parte, la ley peruana permite a los trabajadores de empresas de no más de 20 operarios reclamar el pago de su indemnización pero no la reposición en la empresa.²⁵⁸ Esto, por poner sólo algunos ejemplos en lo que a relaciones individuales se refiere.

En el plano colectivo, lo primordial es poner de resalto la cantidad mínima de trabajadores para la constitución de sindicatos, ya que la proliferación de pequeñas empresas hace que la actividad sindical se vea afectada. Cabe entonces meditar acerca de la articulación específica que ha adoptado el sistema de relaciones laborales, y que constituye el radio de acción del Derecho del Trabajo. En este sistema, las figuras del sindicato y la asociación empresarial, la negociación y el convenio colectivo, el derecho de huelga y los mecanismos de resolución de conflictos devienen indispensables. Lo cierto es que América Latina se viene registrando un descenso en la actividad sindical y, según plantea Jürgen Weller²⁵⁹, aunque no puede señalarse a la descentralización

²⁵⁸ VEGA RUÍZ, M. (Edit.) (2001): p. 51.

²⁵⁹ "(...) con respecto a América Latina (...) se ha registrado un descenso del nivel de sindicalización por efecto de varios factores, entre los que se puede mencionar los siguientes: a) la represión contra el movimiento sindical durante los períodos de dictaduras militares y la crisis económica de los años ochenta, que redujeron la afiliación de los sindicatos; b) los cambios de la legislación, que redujeron el campo de

empresarial como causa única de este comportamiento, sí es uno de los factores que ha reportado tener incidencia en ello.

Ahora bien, mientras que numerosas han sido las causas que en nuestros países han dificultado alcanzar un sistema estable de relaciones laborales, así como también un clima de estabilidad social, se plantea en la doctrina que la solución apunta a que la modernización de las relaciones laborales, acorde con las nuevas condiciones económicas, requiere un refuerzo de la capacidad de los trabajadores para la negociación colectiva y una menor injerencia del Estado en la definición de las condiciones de trabajo. No obstante, una gran parte de la población ocupada no trabaja en empresas de un tamaño mínimo que permita la organización de los trabajadores y una eficiente representación de sus intereses, a lo cual ha contribuido la subcontratación.²⁶⁰

Resulta importante destacar que todos los modelos de coparticipación anteriormente descritos sólo pueden prosperar en un clima de verdadera democracia industrial, en la cual los derechos mínimos del sector obrero estén garantizados por la participación eficaz de los trabajadores o de sus representantes en la contratación colectiva. En este contexto, la "democratización de la empresa" busca suprimir la antinomia patrono-asalariado por un concepto nuevo, bien se denomine consejo, comité o cuerpo de delegados, entidad que toma a su cargo la responsabilidad final de la dirección y administración empresarial. El proceso tiene su base en la colaboración,

acción sindical; c) la deslegitimización que han sufrido ciertos sindicatos por sus estrechos vínculos con partidos políticos y por prácticas poco transparentes; d) la vigente orientación de los sindicatos en varios países de dirigir sus reivindicaciones sólo al Estado y no a los empresarios también, actitud crecientemente obsoleta en el contexto de la nueva modalidad de desarrollo; e) la reorganización de la estructura productiva, que aumenta el peso de la pequeña y mediana empresa donde la organización sindical es más difícil y aumenta el papel de ocupaciones que no corresponden a la pauta tradicional de la membresía sindical (profesional y técnicos administrativos, etc.); f) la reducción del empleo público donde, en algunos casos, los niveles de sindicalización eran elevados."

WELLER, J. (2000). En: VEGA RUÍZ, M. (Edit.) (2001): p. 53.

²⁶⁰ WELLER, J. (2000). En: VEGA RUÍZ, M. (Edit.) (2001): p. 53.

seguida de la idea de control por parte de los trabajadores puesta en práctica a través de la gestión conjunta. No obstante, este estado de igualdad no debe interferir con la conducción unitaria y firme con plena responsabilidad, necesidad vital de las empresas en tanto que entidades económicas por excelencia.²⁶¹

Pareciera que nos encontramos en una especie de círculo vicioso del cual requerimos salir con urgencia. Por una parte, la descentralización productiva propone una participación conjunta de empleadores y trabajadores en la gestión empresarial. Por otra parte, nos encontramos en América Latina con una crisis de la actividad sindical. Se vislumbra como fundamental la necesidad de crear bases para que se dé una comunicación fluida entre los sectores involucrados y de este modo alcanzar el modelo de democracia industrial al cual se ha hecho referencia.

C EL CONTENIDO DE LA NEGOCIACION COLECTIVA PRESENTA CAMBIOS

Actualmente, las negociaciones colectivas abarcan temas ligados con las innovaciones tecnológicas, la reestructuración de la organización productiva del trabajo y la descentralización empresarial. Al respecto, hacemos referencia a la experiencia uruguaya, en donde encontramos tres casos en los cuales las convenciones colectivas contienen disposiciones sobre descentralización:

- 1 Convenio de la FOEB (Federación de Obreros y Empleados de la Bebida) y EUSA (Embotelladora del Uruguay S.A.) del 24 de agosto de 1998. En la cláusula décima se regula la retribución de una empresa que presta servicios tercerizados de limpieza y otra que hace lo propio con servicios de vigilancia a EUSA. Se aclara que las empresas que prestan servicios tercerizados cobrarán dicha retribución con carácter de única expresión de la que se infiere que no se trata de salario y que no percibirán remuneración alguna en concepto de rubros salariales. Se

²⁶¹ CABANELLAS DE TORRES G (1998) p. 170

confirma este propósito al establecer el sistema de actualización de esa retribución única porque en esa parte de la disposición se la denomina expresamente precio. Sin embargo se fijan las oportunidades y los porcentajes de ajuste del precio de acuerdo a lo previsto para los aumentos salariales del personal de la empresa en el convenio colectivo de ésta.

- 2 Convenio entre Alcaraz S A y AFEMM de 16 de noviembre de 1998 contiene una cláusula que autoriza a la primera a contratar servicios externos o de terceros limitada a períodos de incremento de trabajo o después de agotar los mecanismos normales de convocatoria de suplentes.
- 3 Convenio de la empresa Fábricas Nacionales de Cerveza con el Centro Gremial de la misma regula la tercerización de servicios de vigilancia invocando el mecanismo previsto en la ley 16 713 art 178 y aclarando que en el futuro los ex trabajadores que manifiesten su interés en seguir trabajando como proveedores de FNC suscribiendo los contratos respectivos mantendrán su fuente de trabajo en una relación comercial y no exclusiva con dicha empresa²⁶²

Resulta viable entonces la inclusión en convenios colectivos de cláusulas que regulen las acciones que pueda tomar el empleador en cuanto a la tercerización por medio de mecanismos como el establecimiento de beneficios de tipo salarial si bien se deja sentada expresamente la desvinculación laboral de los trabajadores tercerizados con respecto a la empresa madre que recibe la prestación del servicio.

A no dudarlo la situación económica de cada país posee una incidencia directa en el manejo de las relaciones colectivas de trabajo. Por ejemplo en Francia se aprobó una reducción de la jornada laboral no como un privilegio para los trabajadores sino como un paliativo al problema del desempleo. Asimismo en toda la Unión Europea se

²⁶² BABACE H (2000) pp 520 521

aborda el tema de la jornada de trabajo en la negociación colectiva. Los acuerdos colectivos aluden a la noción de ordenación del tiempo de trabajo y abarcan temas como las licencias por motivos familiares, los contratos de trabajo a tiempo parcial y por tiempo determinado, así como también el teletrabajo.

El contenido facultativo de las convenciones colectivas de trabajo se ha ido, pues, modificando y ampliando a fin de ocuparse apropiadamente de la situación del mercado laboral. Es así que en los convenios colectivos es cada vez más frecuente observar la inclusión de cláusulas sobre nuevas formas de contratación laboral, desarrollo de sistemas aplicables para los despidos por causas disciplinarias, protección ambiental y sobre aspectos económicos y de dirección y administración de la empresa.

Sobre este último tópico, cabe mencionar que en nuestro país el tratamiento que se le da a los asuntos económicos es muy pobre. En general, los sindicatos no tienen injerencia alguna en los temas relativos a la gestión empresarial. Como ya se ha indicado, la descentralización empresarial provoca nuevas formas de contratación, junto con nuevos modelos productivos en los cuales se pone de relieve la calidad de vida en el trabajo o *quality work life*. Esta filosofía empresarial, más que una técnica, presupone la legitimación de los sindicatos y el trabajo en coordinación con los trabajadores en la toma de decisiones. A través del mismo se busca crear un ambiente de trabajo sano y alcanzar una verdadera cultura empresarial entre todas las partes integrantes de la empresa, la que se considera como un sistema social con sus diversos subsistemas.²⁶³

Sin embargo, según puntualiza Vasco Torres De León, las reconversiones industriales son un tema casi desconocido en la práctica de las relaciones laborales panamenas. El país, con una economía volcada al sector de servicios, no ha desarrollado un sector industrial fuerte, por lo que los fenómenos de reconversiones industriales son

²⁶³ TORRES DE LEÓN V (1998) p. 218

por no decir nulos, casi inexistentes²⁶⁴. Es así que, en nuestro medio, la reconversión no es susceptible de ser tratada en el seno de los comités de empresa, ya que no se incluye entre las facultades a ellos atribuidas. Muy probablemente, ello se debe a la percepción por parte de los empresarios de que la empresa pudiera quedar en manos de los trabajadores, lo cual no es, en absoluto, el objetivo de los procesos de gestión consensuada. Por parte de los trabajadores, en la conciencia de las organizaciones sindicales panameñas parece no estar la posibilidad de llegar a una real comprensión y colaboración con los fines de la empresa, como sí sucede con los sindicatos de trabajadores europeos, que han hecho frente a fuertes procesos de reconversión.

Obviamente, decisiones relativas a la obtención de financiamiento, comercialización, programas de expansión, desarrollo empresarial, políticas de dirección, son, en principio, materias ajenas a la negociación colectiva. No obstante, el objeto de la negociación colectiva para el sector trabajador es, en el marco de la democracia industrial, alcanzar injerencia en la vida de la empresa, en todo lo que afecte las condiciones de trabajo. En aras de lo anterior, los modelos de cogestión encuentran sobrada justificación y su resultado debería ser siempre una adecuada compaginación entre los intereses de empleadores y trabajadores.

Es indudable que la puesta al día de las relaciones laborales, de acuerdo con las nuevas condiciones económicas, requiere un reforzamiento de la capacidad de negociación colectiva por parte de los trabajadores, de la mano de una menor injerencia del Estado en la definición de las condiciones de trabajo. Ahora bien, no debe dejarse de lado la importancia de la intervención del Estado a través de una adecuada legislación laboral, que garantice el libre ejercicio de la negociación colectiva para tratar los diversos aspectos de la vida laboral.

²⁶⁴ TORRES DE LEÓN, V. (1998): p. 218.

De este modo, en varias legislaciones, se acentúa ya el papel de la negociación colectiva para regular el contrato de trabajo en concordancia con las necesidades del empresario. Mediante la negociación colectiva se regula la jornada ordinaria, así como también el trabajo en horas extraordinarias, llegando a crearse figuras como el banco de horas en Brasil²⁶⁵ y la vinculación del trabajo a la productividad. La legislación argentina promueve la descentralización de la negociación colectiva y su adaptación a la pequeña empresa con las llamadas normas "de disponibilidad colectiva" que permiten al empleador redefinir los puestos de trabajo correspondientes a las categorías determinadas en los contratos colectivos de trabajo y modificar regulaciones colectivas o estatutarias aplicables en caso de reestructuración de las plantas por razones tecnológicas, organizativas o de mercado.²⁶⁶

Además de las disposiciones legales que se han implementado, existen acuerdos a nivel internacional en determinadas áreas de producción, en los cuales se establecen disposiciones sobre cooperación laboral, a modo de autorregulación por parte de los propios empleadores. Así, el Convenio Internacional del Azúcar, suscrito en Ginebra el 20 de marzo de 1992, en su artículo 29 estipula que los miembros se comprometen a garantizar el mantenimiento de normas laborales justas en sus respectivas industrias azucareras y, en la medida de lo posible, procurarán mejorar el nivel de vida de los trabajadores agrícolas e industriales en los distintos ramos de la producción azucarera. Similares disposiciones se encuentran en el Convenio Internacional del Café del 2001 y el Convenio Internacional del Cacao del mismo año. De esta forma, los acuerdos empresariales, aunados a la legislación formal, pueden constituir las bases de un relacionamiento colectivo eficaz.

²⁶⁵ DAM TORRES, M. (2005): *La jornada laboral: tendencias actuales en el Derecho Comparado y perspectivas de cambio para Panamá*, 1ª Edición, Editorial Cultural Portobelo, Colección Pequeño Formato No. 280, Panamá, p. 26.

²⁶⁶ VEGA RUÍZ, M. (Edit.) (2001): p. 59.

IV. ALGUNAS PARTICULARIDADES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LOS PROCESOS DE DESCENTRALIZACIÓN

La actividad negociadora en el marco de la externalización posee ciertas características o peculiaridades en las cuales es necesario reparar. Las mismas dicen relación con algunos instrumentos que van adquiriendo cada vez más relevancia en el esquema actual de relaciones laborales, que involucra la interacción constante y permanente entre varias compañías.

Cabe destacar, además, cuáles son las previsiones que adoptan los ordenamientos jurídicos en cuanto a la eficacia de los convenios colectivos en empresas que incurren en la tercerización; e igualmente, la importancia de facilitar información en tiempo oportuno a las organizaciones sociales sobre las medidas a implementarse en relación con la estructura empresarial, de modo que pueda darse una real discusión sobre los cambios que el empresario desee implementar, antes que se produzcan los mismos, y que los trabajadores puedan tener una participación efectiva en el proceso a través de sus recomendaciones.

A. CÓDIGOS DE CONDUCTA, DECLARACIONES Y ACUERDOS INTEREMPRESARIALES

La negociación colectiva dentro de empresas multinacionales ha dado como resultado la implementación de declaraciones, acuerdos marco y convenios colectivos a nivel internacional. En dichos instrumentos, se encuentran normativas sobre las relaciones comerciales con empresas proveedoras de productos o servicios y el cumplimiento que estas últimas deben observar de las normas de protección laboral.

Y es que una gran cantidad de empresas, sectores y grupos cívicos se vienen sumando al movimiento tendiente a promover el respeto por los objetivos éticos y sociales en las operaciones comerciales. Incluso, algunas empresas han ido más allá

de sus propios límites específicos y procuran mejorar las condiciones de trabajo y promover otros objetivos humanos y sociales en sus cadenas de suministro globales y en los países y comunidades en los que operan. Esto lo llevan a cabo de diversas formas a través de sus propios códigos de conducta, de directrices éticas de aprovisionamiento y de la presentación de informes sociales o de sostenibilidad participando en programas de certificación y en asociaciones de participación múltiple destinadas al control y verificación y a través de su participación en las asociaciones para el desarrollo con las comunidades y empresas locales.

De este modo, el Acuerdo entre la Unión Internacional de los Trabajadores de la Alimentación, Agrícolas, Hoteles, Restaurantes, Tabaco y Afines (UITA) —cuya denominación en inglés es *International Union of Food, Agricultural, Hotel, Restaurant, Catering, Tobacco and Allied Workers' Associations (IUF)* / Coordinadora Latinoamericana de Sindicatos Bananeros (COLSIBA) y Chiquita Brands International Inc. sobre la libertad sindical, las normas laborales mínimas y el empleo en las operaciones bananeras en América Latina, que data del 14 de junio de 2001, contiene una primera parte sobre las condiciones laborales mínimas. En su segunda parte, relativa al empleo, se dispone que:

CHIQUITA requerirá a sus proveedores, productores bajo contrato y socios en negocios conjuntos (*joint venture*) que aporten pruebas razonables de que ellos respetan la legislación nacional y las Normas Laborales Mínimas descritas en la Parte I del presente Acuerdo. Las partes convienen en que la efectiva aplicación de esta disposición depende de diversas condiciones, por ejemplo, el relativo grado de influencia de CHIQUITA sobre sus proveedores y la disponibilidad de suministros alternativos apropiados que sean comercialmente viables. Por consiguiente, la aplicación de esta parte del Acuerdo será evaluada conjuntamente por el Comité de Revisión tomando en cuenta estos factores.²⁶⁷

²⁶⁷ ERMIDA URIARTE O y RACCIATTI O (2003) p. 863

Se observa así que es posible llegar a entendimientos en el ámbito supranacional encaminados hacia el fiel cumplimiento de las normas nacionales de todos los países que estén involucrados en una negociación

Por otro lado a diferencia de los acuerdos o declaraciones conjuntas que se acaban de mencionar están los códigos de conducta los cuales vienen a ser verdaderos compromisos escritos con vistas a que se respeten determinadas normas de conducta en las empresas ²⁶⁸ Si bien los mismos son reglamentos emanados de las propias compañías constituyen una especie de declaración de principios y en su redacción puede tener participación activa el sector trabajador

Ahora bien los enunciados contenidos en los códigos de conducta pueden ser aplicables a empresas externalizadas que tienen relación comercial con la transnacional que profiere la normativa De hecho organismos internacionales hacen énfasis en que resulta beneficioso extender los efectos de los códigos de conducta a proveedores y subcontratistas No obstante se resalta aquí la importancia de la legislación nacional e internacional así como también la negociación colectiva en cuanto a la regulación de las condiciones de trabajo Esta es la posición de la OIT al dejar sentado que

() Algunos analistas aducen que existen códigos facultativos más 'fiables' como la *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la OIT* y las *Directivas de la OCDE para las Empresas Multinacionales* revisadas en junio de 2000 las cuales están ancladas en un marco de principios universales que tanto las empresas internacionales como los gobiernos y los sindicatos han prometido respaldar

No obstante al extenderse las disposiciones de los códigos de conducta de las empresas a los trabajadores de sus empresas proveedoras y subcontratistas tendrían el potencial de contribuir a garantizar la igualdad de oportunidades y de trato a lo largo de toda la cadena de producción a nivel nacional e internacional Para que ello suceda los códigos de conducta no deben constituirse en sustitutos de las leyes nacionales o internacionales

²⁶⁸ ERMIDA URIARTE O y RACCIATTI O (2003) p 707

ni utilizarse para sortear a los sindicatos y eludir la negociación colectiva (...)²⁶⁹

En relación con el contenido específico de los códigos de conducta, cabe hacer alusión a las políticas sobre igualdad en la contratación que, por lo general, son implementadas en las grandes empresas. Sin embargo, de primera mano se advierte lo elemental que es para las pequeñas y medianas empresas, tener conocimiento cabal de las mismas. Al respecto, organismos sindicales a nivel mundial como la CIOSL, miran con preocupación la ausencia en varios códigos de conducta de una referencia explícita a las normas internacionales fundamentales del trabajo²⁷⁰, ya que se entiende que ellas deben dotar a los códigos de conducta de su orientación en el manejo del tema laboral, hacia el logro de la equidad y justicia en las relaciones comerciales.

Por otro lado, los acuerdos interempresariales, como su nombre lo indica, son acuerdos que se dan entre empresas con la finalidad de fijar las bases y condiciones de un proceso de externalización. Sin embargo, en el contenido de dichos acuerdos se plasma, con frecuencia, el fruto de la negociación colectiva.

En cuanto a los acuerdos interempresariales, algunas recomendaciones que pudieran plantearse para los empleadores, a fin de lograr unas relaciones laborales armoniosas y reducir las posibilidades de enfrentar reclamos laborales, incluyen: subcontratar con empresas serias y debidamente constituidas, que cuenten con solvencia económica propia y con sus propios instrumentos y equipos de trabajo; exigir que los subcontratistas cumplan con obligaciones de seguridad social (de ser posible, solicitando documentos como avisos de entrada de los trabajadores y planillas); exigir el correcto pago de las prestaciones laborales (salarios, horas extraordinarias, vacaciones,

²⁶⁹ OIT (2003b): p. 122.

²⁷⁰ CONFEDERACIÓN INTERNACIONAL DE ORGANIZACIONES SINDICALES LIBRES (2001). En: OIT (2003b): p. 122.

etc) al finalizar la relación de trabajo solicitar el medio de terminación y la constancia de pago de liquidación establecer en el contrato de *outsourcing* que en caso de demanda solidaria en la que haya condena por motivo imputable al contratista o subcontratista éste deberá resarcir la suma que deba pagar la empresa así como evitar en lo posible subcontratar para que se ejecuten trabajos de modo exclusivo

B VIGENCIA DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN PARA TRABAJADORES EXTERNALIZADOS

Es de sumo interés analizar qué sucede con el trabajador amparado por una convención colectiva negociada por un sindicato de empresa cuando es transfendo a otra compañía como resultado de un proceso de deslocalización productiva

En la Unión Europea La directiva 2001/23 precisa en el artículo 3 punto 3 que después de la transferencia el cesionario mantiene las condiciones de trabajo convenidas por una convención colectiva en la misma medida que fue previsto por el cedente hasta la fecha de rescisión o de expiración del convenio colectivo o de la entrada en vigor o de la aplicación de otro convenio colectivo Los estados miembros pueden limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo a reserva de que esta última no sea inferior a un año Como vemos la directiva impone por un lado al empleador cesionario la aplicación de las normas colectivas en vigor (incluso de empresa) y por otro lado de manera aparentemente contradictoria introduce moderaciones Esta obligación puede terminarse (vencimiento del contrato) el convenio colectivo puede incluso ser sustituido por otro ²⁷¹

El empresario conserva así una amplitud de acción para organizar su estructura contractual concedida en la propia directiva lo que se ha desarrollado en las legislaciones nacionales a nivel de la UE Por ejemplo en Francia en artículo L 132-8

²⁷¹ DE LUCA TAMAJO R. y PERULLI A (2006) p 50

del Código de Trabajo dispone que, luego de la transferencia, el convenio colectivo queda en vigor por un mínimo de 15 meses, salvo si un nuevo convenio, adoptado en la empresa de acogida del trabajador, sustituye a la antigua convención. Después de los 15 meses, los asalariados conservan los beneficios individuales (remuneración, licencias, etc.) que han adquirido. Se entiende así que los beneficios colectivos (relativos a las instituciones representativas de la plantilla y a los delegados sindicales) se pierden.²⁷²

El Derecho Holandés tiende a garantizar a los asalariados transferidos el mantenimiento de sus condiciones de trabajo, aunque ello comporte, para el cesionario, la aplicación de salarios diferentes entre sus asalariados y los asalariados transferidos. Según el *collective labour agreement act*, en caso de transferencia de empresas o parte de ellas, los derechos y las obligaciones que tienen su fuente en los convenios colectivos del cesionista siguen siendo aplicables a los empleados transferidos hasta el vencimiento natural del contrato.²⁷³ Así, en Holanda, el legislador procura que, ante todo, el trabajador que es transferido no se vea afectado de manera negativa con el proceso.

Contrariamente al caso holandés, el legislador italiano supedita la vigencia de las condiciones pactadas en la convención colectiva del cesionista a la situación particular de cada cesionario. En Italia, el paso del derecho colectivo del cesionista al convenio colectivo aplicable por el cesionario es particularmente delicado. Este último convenio colectivo puede comportar una deterioración de las protecciones previstas por el primero que no pueden ser cualificados como problemas de derecho. El convenio colectivo en vigor del cesionista conserva su efectividad sólo en la hipótesis donde el

²⁷² DE LUCA TAMAJO, R. y PERULLI, A. (2006): pp. 50-51.

²⁷³ DE LUCA TAMAJO, R. y PERULLI, A. (2006): p. 51.

cesionario no aplica ninguna reglamentación colectiva. El contrato aplicado por el cesionista o existente se sustituiría inmediata y automáticamente (incluso en un sentido menos favorable) al en vigor en la empresa cesionaria, garantizando por un lado a los asalariados transfendos una continuidad en la apertura contractual colectiva, por otro lado la homogeneidad de la reglamentación colectiva en la empresa cesionaria, evitando las diferencias entre trabajadores antiguos y nuevos.

En los países latinoamericanos la situación se torna más complicada ya que en general no se observan en los ordenamientos jurídicos disposiciones sobre la vigencia de las convenciones colectivas en caso de descentralización productiva. Se puede llegar así a situaciones en las cuales en una unidad productiva se encuentren trabajadores protegidos por la convención colectiva de la empresa cesionista que se transfieren a una empresa cesionaria con trabajadores no amparados por convención colectiva alguna o bien trabajadores afiliados a un sindicato diferente.

En Panamá tenemos que el artículo 403 del CT numeral 7 impone un límite a la convención colectiva al establecer que las partes podrán pactar todas las materias que deseen siempre que no interfieran con la facultad que tiene el empleador de determinar el número de trabajadores necesarios para el normal funcionamiento de la empresa.

Según Rolando Murgas Torrazza lo que esta disposición ha hecho es prohibir la posibilidad de pactar en el convenio colectivo la plantilla forzosa que obligaría al empresario a mantener una cierta cantidad mínima de trabajadores en la plantilla fija o fija y eventual de la empresa. Así mismo se faculta al empresario para que de quererlo pueda contratar otros trabajadores al margen de la clasificación de puestos pactada en el convenio. Es decir puede establecerse convencionalmente una clasificación de puestos para la empresa pero quedara a salvo la facultad del empresario de contratar por encima de esa clasificación de puestos siempre que lo

haga respetando las normas imperativas aplicables y en especial los principios de no discriminación e igualdad de trato ²⁷⁴

Luego entonces la negociación colectiva encuentra sus límites en el derecho a la libre empresa unánimemente reconocido en todo régimen democrático. Del contenido de la normativa antes mencionada se vislumbra claramente que aunque los sistemas legislativos se proponen dotar a los trabajadores de todas las herramientas necesarias para que la acción colectiva cumpla sus cometidos no se pierde de vista en ningún momento la verdadera esencia las relaciones laborales colectivas en la empresa privada cual es lograr el balance entre la gestión y dirección que el empresario decida darle a su empresa y la influencia que colectivamente puedan ejercer los trabajadores para garantizarse condiciones de empleo dignas

Frente a ello a la negociación colectiva no le queda más que adaptarse y actuar de manera positiva en el escenario que se presenta. Paulatinamente lo planteado va quedando plasmado en el avance del enfoque que adoptan los sindicatos con respecto a las diversas formas de descentralización productiva como por ejemplo el teletrabajo. Según comenta Manuel Pino Estrada²⁷⁵ la posición del sindicato frente al teletrabajo ha venido modificándose. Ciertamente en los países en donde resulta más frecuente esta modalidad la evolución en la posición de los sindicatos ha sido evidente. En principio la posición fue contraria al teletrabajo debido fundamentalmente al riesgo de desarticulación de los trabajadores y de la precarización de las formas de empleo. Posteriormente se pasó a una aproximación provocada por la aceptación del teletrabajo por parte de los trabajadores para luego pasar a una actitud constructiva

²⁷⁴ MURGAS TORRAZZA R. En TORRES DE LEÓN V (1998) p. 251

²⁷⁵ PINO ESTRADA M (2002)

tendiente a la generación de acuerdos para hacer viable la implementación de proyectos de trabajo en las organizaciones.

C. LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN Y CONSULTA

En el análisis de la negociación sobre la descentralización empresarial, no debe dejar de mencionarse el aspecto de la obligación de información y consulta, tanto previamente, como durante todo el proceso de externalización.

En la Unión Europea, es de suma importancia que exista una adecuada representación colectiva de los trabajadores, para efectos de discutir la ejecución de medidas en torno a los procesos de producción. La directiva 2001/23, en su artículo 7, indica que tanto el cesionista como el cesionario deben informar a los representantes de los trabajadores acerca de las motivaciones y consecuencias de la transferencia, así como también, de las medidas planeadas con respecto a los trabajadores. Dicha información debe ser dada en tiempo oportuno para que resulte útil a los trabajadores. No obstante, vale mencionar que se considera en la doctrina que esta obligación de consulta debe tratarse como "a medio camino entre la pura consultación pasiva y el acuerdo contractual verdadero y limpio"²⁷⁶, ya que las mismas están encaminadas al logro de un acuerdo, pero sin obligación de llegar a éste. Se entiende así que hay un escenario de interferencia y un cierto control colectivo sobre el ejercicio del poder empresarial, pero no un verdadero contrapoder normativo.

De este modo, en las legislaciones nacionales de los países de la UE, comúnmente existen disposiciones relacionadas con el deber de información y consulta. En Francia, por ejemplo, el contenido de temas sujetos a consulta es amplio, ya que se prevé la comunicación de toda medida, en cuanto tenga incidencia sobre el empleo en la empresa, e. g., afectación del volumen o estructura del empleo, duración del trabajo,

²⁷⁶ DE LUCA TAMAJO, R. y PERULLI, A. (2006): p. 59.

condiciones laborales y formación profesional de la planilla (artículo L 432-1 al 1 del Código de Trabajo). Además, la comunicación debe ser temprana, cuando apenas es un proyecto, mucho antes de que se tome la decisión. Para estos efectos, el artículo L-432-1-1 del Código de Trabajo impone una consulta anual al comité de empresa en relación con las previsiones anuales o plurianuales en materia de empleo. Por su parte, el Derecho sueco impone a la empresa que cede su plantilla de trabajadores, la obligación de negociar con los representantes sindicales las consecuencias de la transferencia.

Las consecuencias derivadas del incumplimiento de la obligación de información y consulta son diversas en el Derecho comunitario y van desde sanciones pecuniarias hasta la implementación de acciones de restablecimiento.

Fuera de Europa, las disposiciones legales sobre el deber de información y consulta en relación con la transferencia de empresa a raíz de procesos de tercerización son por demás infrecuentes. En Venezuela y México, se establece en caso de sustitución patronal la obligación de notificar la operación al trabajador, a la organización sindical pertinente y a inspección del trabajo. No obstante, la obligación es sobre la ejecución de la medida y no sobre el contenido y trasfondo de la misma.

Con respecto a la descentralización empresarial, la acción sindical comprende, al igual que en los demás aspectos del relacionamiento colectivo de trabajo, el mantenimiento de comunicaciones y la fijación de una visión común acerca de los diversos tópicos que abarcan la vida laboral, encaminada a afrontar futuras negociaciones. "(...) Entre las principales actividades desplegadas [de los sindicatos] pueden citarse: la compilación e intercambio regular de informaciones no sólo sobre salarios, condiciones de trabajo y prestaciones marginales, sino también sobre diversos aspectos financieros de la empresa; la preparación de estudios comparativos; la

organización de reuniones entre representantes sindicales de diversas filiales de una misma sociedad; la organización de debates entre los sindicatos y el personal directivo de las empresas, así como la determinación de los sectores prioritarios, y la adaptación de los objetivos comunes para las negociaciones.²⁷⁷

El flujo de información veraz y oportuna resulta, pues, fundamental para los organismos sociales. No obstante, como se ha venido mencionando, la decisión última en cuanto a la organización empresarial corresponde al empleador, en ejercicio del derecho a la libre administración de su negocio, obviamente, con sujeción a las normativas legales concernientes a su gestión. En nuestro medio, a falta de estipulaciones legales relativas a la información a los sindicatos sobre medidas de descentralización que pretenda implementar la empresa, la regulación correspondiente vendría dada por el contenido de las propias convenciones colectivas de trabajo.

V. LOS PROCESOS DE DESCENTRALIZACIÓN Y SU RELACIÓN CON LAS PRÁCTICAS ANTISINDICALES

En la presente exposición de ideas sobre la influencia de la descentralización empresarial en las relaciones colectivas de trabajo, específicamente, con respecto a ejercicio pleno de la libertad sindical, es fundamental hacer breve alusión previa al tema de la huelga y sus restricciones. Esta cuestión, objeto de encendidos debates y confrontaciones a lo largo de todo el desenvolvimiento de las relaciones laborales, se configura en la actualidad dentro de los límites del respeto y la búsqueda del equilibrio a fin de mantener una convivencia social pacífica. Así, en el constitucionalismo moderno no se concibe la posibilidad de instituir un sistema democrático sin el reconocimiento de ese singular instrumento de promoción y defensa de los intereses de los trabajadores

²⁷⁷ NADAL VIGNOLO, S. (1983): pp. 109-110.

en que consiste el derecho de huelga. La huelga se configura como un derecho no absoluto sino como un derecho cuyo uso ha de entrar en diálogo y coordinarse con otros derechos ejercitándose de modo compatible con la satisfacción de intereses fundamentadores de la vida en comunidad. La sujeción de las huelgas que se desarrollan en sectores vitales para la sociedad en actividades de inaplazable necesidad en servicios de importancia social considerable a un régimen jurídico específico y singular diferenciado del común o general constituye una constante en el panorama normativo internacional ²⁷⁸

En este contexto es un criterio de aceptación general que el arbitraje obligatorio constituye una restricción al libre ejercicio de la huelga a excepción del caso de los servicios esenciales. En Panamá el mismo se establece para los servicios públicos en el ordinal 3 del artículo 452 del CT en desarrollo de lo preceptuado en el artículo 65 de la CP que consagra el derecho de huelga. Es propicio aquí plantear algunas acotaciones sobre la norma en comento específicamente en relación con la noción de servicio público ya que suele haber confusión entre lo que se entiende por servicio público y servicio esencial. Servicio público es el género, servicio esencial es la especie del mismo. De allí que no todo servicio público sea esencial mientras que todo servicio esencial es necesariamente público. Una segunda cuestión es diferenciar entre servicio estatal y no estatal o privado. Los servicios públicos esenciales pueden ser brindados indistintamente por entes estatales o por entes privados. Interesa pues la naturaleza misma del servicio y no la localidad jurídica de quien lo brinda ²⁷⁹

²⁷⁸ VALDES DAL RE F (1998) "Derecho de huelga: interés comunitario y defensa de los derechos fundamentales. En XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social T III Editora Sibauste S A Panamá, pp 272-273

²⁷⁹ PASCO COSMÓPOLIS M En AMORIM E SOUZA R (1998) "Aspectos del Derecho de Huelga en las Actividades Esenciales. En XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social T I Editora Sibauste S A Panamá, p 236

Siguiendo esta línea, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha sentado su criterio en cuanto a lo que debe considerarse servicio esencial, indicando que lo que se entiende por servicios esenciales en el sentido estricto de la palabra depende en gran medida de las condiciones propias de cada país. Este concepto no es absoluto puesto que un servicio no esencial puede convertirse en servicio esencial cuando la duración de la huelga rebasa cierto período o alcance y pone así en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población. No obstante, en sentido estricto, pueden ser considerados como servicios esenciales el sector hospitalario, servicios de electricidad, servicios de abastecimiento de agua, servicios telefónicos y el control de tráfico aéreo.²⁸⁰

En nuestra legislación se utiliza en el artículo 452 del CT la expresión *servicio público*, remitiendo esta norma al artículo 486, que se ocupa de enumerar los distintos servicios estimados como públicos. En Panamá se consideran, pues, como servicios públicos, todos los servicios esenciales descritos por la OIT, con excepción del control de tráfico aéreo. Por otro lado, se incluye el servicio de gas, sanidad, cementerios y alimentación en cuanto a productos de primera necesidad; en el último caso, siempre que se afecte una rama completa del servicio. Según lo expuesto, consideramos que la noción de *servicio esencial* resultaría bastante más adecuada que la de *servicio público*.

Las consideraciones anteriores nos conducen a la siguiente reflexión: en el contexto de las empresas privadas que proporcionan servicios esenciales, ¿sería aplicable la restricción de la huelga a las empresas satélite, ya sean contratistas o que se dediquen a suministrar mano de obra? Opinamos que no, en principio, toda vez que su actividad gira en torno a prestar servicios específicos o proporcionar personal. Sin embargo, sería interesante evaluar los resultados de un proceso huelguístico en una

²⁸⁰ OIT (1996): p. 122.

empresa tercerizada que terminara por afectar significativamente el funcionamiento de la empresa principal, lo cual es factible, siendo que las empresas principales se abastecen externamente de productos y servicios tan vitales como materias primas y mantenimiento de equipos.

En todo caso, para que se dé la intervención estatal en los conflictos colectivos de empresas tercerizadas en los mismos términos que en las empresas privadas de servicios esenciales, a efectos de que la huelga no cause graves perjuicios socioeconómicos en la población, habría que estarse a lo señalado en el acápite final del artículo 452 del CT.

Según un sector de la doctrina, la propia razón de ser de los procesos de descentralización no estriba en motivaciones de origen económico, como ganancia en términos financieros y eficacia en los procesos de producción, sino más bien, en razones de dominación y control en cuanto a las relaciones laborales²⁸¹. Disentimos de este criterio, ya que estimamos que toda reestructuración bien planificada y correctamente ejecutada, ciertamente puede traer consigo considerables beneficios a la empresa en términos de productividad y eficiencia en los procesos. Si bien, es de reconocerse que, en el camino, pudiera darse una cierta afectación de las relaciones colectivas de trabajo.

Se ha dicho ya que la producción viene siendo radicalmente alterada por la tecnología. La forma de producción masificada y estandarizada cede ante la producción a la medida, porque así lo demandan los consumidores y porque el mercado se tecnifica

²⁸¹ Esta relación de fuerzas es explicada por Noam Chomsky, quien utiliza como ejemplo a las transnacionales Gillette y Caterpillar, las cuales han traslado trabajos industriales a diversos países, con el propósito de enfrentar problemas laborales. Se explica que, en el caso de una huelga en Estados Unidos de América, se pueden suministrar productos desde las plantas de producción que se encuentran fuera de ese país, rompiendo así la huelga. Luego entonces, el establecimiento de centros de producción externos a EUA se da independientemente de los costos y no por razones de eficiencia económica.
DIETERICH STEFFAN H. y CHOMSKY N. (1997): pp. 30-31.

y especializa. Así en nuestra economía capitalista es perfectamente racional y válido recurrir a soluciones como el *outsourcing*, las agencias de colocación temporal y los trabajadores autónomos o independientes (*freelance workers*) aunque el resultado frecuente es que estas contrataciones devienen en la reducción de la solidaridad entre los trabajadores y por otra parte liberan a la empresa que utiliza servicios de *outsourcing* de responsabilidades laborales.

La afectación a los intereses colectivos de los trabajadores podría darse pues en varios momentos. Como se ha mencionado al presentarse un conflicto colectivo en empresas de servicios esenciales que hayan recurrido a la tercerización o bien durante el mismo proceso de externalización si se utiliza intencionalmente con la finalidad de desarticular o al menos debilitar la acción de una organización social. Como se ha visto, ello es perfectamente probable considerando que el mecanismo del *outsourcing* tiende a producir una disminución de la afiliación de los sindicatos. Estas situaciones propiciadas para incidir en la acción sindical pudieran ser tomadas como prácticas antisindicales.

Según Cecilio Cedalise²⁸² los ataques empresariales que pudieran afectar la libertad sindical van desde la ejecución de actos discriminatorios contra los trabajadores hasta la infiltración desmedida en los asuntos sindicales ya sea al momento de la contratación o bien durante el curso de la relación laboral. En términos generales explica Cedalise pretenden impedir que los trabajadores se organicen, pertenezcan o participen del sindicalismo lo cual no es permitido por leyes modernas. Una muestra la encontramos en la legislación italiana en cuanto al deber de informar y consultar a los trabajadores sobre planes de reestructuración descrito en el punto anterior de la

²⁸² CEDALISE RIQUELME C (2003) *Bases sociojurídicas de la libertad sindical: su configuración en el sistema legal panameño*. 1. Edición. Editorial Portobelo. Pequeño Formato No. 229. Panamá, p. 68.

presente investigación El incumplimiento del procedimiento se equipara en Italia a una conducta antisindical (*condotta antisindicale*) según el artículo 28 del estatuto de los trabajadores de ese país

Los presupuestos básicos para que pueda materializarse la libertad sindical y de asociación y el derecho a la negociación colectiva comprenden una base jurídica que garantice el cumplimiento de esos derechos un marco institucional apropiado –tripartito o bien entre las organizaciones de trabajadores y de empleadores que no exista discriminación contra toda persona deseosa de ejercer su derecho a ser oída y la aceptación mutua de las organizaciones de empleadores y de trabajadores como interlocutores para resolver problemas comunes y afrontar los retos que se les plantean ²⁸³

El Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT se ha pronunciado expresamente sobre la importancia de la consulta a las organizaciones sindicales durante los procesos de reestructuración en los siguientes términos Sólo corresponde al Comité pronunciarse sobre alegatos de programas y procesos de reestructuración o de *racionalización económica* impliquen éstos o no reducciones de personal o transferencias de empresas o servicios del sector público al sector privado en la medida en que hayan dado lugar a actos de discriminación o de injerencia antisindicales En cualquier caso debe lamentarse que en los procesos de racionalización y reducción de personal no se consulte o se intente llegar a un acuerdo con las organizaciones sindicales ²⁸⁴

Se entiende así que la intervención de la OIT puede darse cuando la reestructuración favorezca las prácticas antisindicales a la vez que se alienta la

²⁸³ OIT (2003c) p 10

²⁸⁴ OIT (1996) p 205

constante comunicación y el consenso entre los sectores involucrados. Siguiendo estos lineamientos, muchas son las empresas transnacionales que han asumido compromisos en cuanto al reconocimiento de la organización y la acción sindical con aplicación extendida a subcontratistas y trabajadores externos. Ejemplo de ello es el Código de Conducta de Chiquita Brands International Inc. "Viviendo de Acuerdo con Nuestros Valores Fundamentales"²⁸⁵ el cual establece normas de comportamiento de acuerdo con las políticas de la compañía tanto en el plano social como en el aspecto ético-legal.

Tan pronto como en la introducción se señala que el documento es aplicable a las operaciones de la propia compañía alrededor del mundo y a sus proveedores estableciendo que los proveedores y demás asociados comerciales deben demostrar altos estándares de conducta ética en sus operaciones. En el contenido sobre responsabilidades sociales se aborda ampliamente el tema de la libertad sindical y el derecho a la negociación y contratación colectiva. En tres acápites los criterios de la compañía se resumen en: el respeto por el derecho de todos los miembros del personal de organizar e incorporarse a sindicatos; el compromiso de facilitar la acción sindical aun en los países en donde las libertades de asociación y de negociación se encuentren restringidas; además de garantizar la no discriminación hacia los representantes de los trabajadores.

Para garantizar el cumplimiento de lo establecido en el Código de Conducta por parte de empresas satélites se establece expresamente una Política de Control de los Proveedores, Subcontratistas y Proveedores Subcontratados. Aunque se cuestiona el valor legal de los códigos de conducta ya que son documentos emanados del propio

²⁸⁵ Documento completo disponible en español en <http://www.chiquita.com>. Consultado el 28 de diciembre de 2005.

empleador clasificados como *ley blanda* o *soft law* en contraposición con la llamada *ley dura* o *hard law* –que dice relación con la normativa legal convencional profendida por el Estado- definitivamente constituyen un esfuerzo de autorregulación con gran fuerza moral en cuanto a imagen corporativa en donde se incluyen además aspectos de relevancia fundamental tales como la conservación del medio ambiente y el desarrollo social de las comunidades en donde las transnacionales ejercen operaciones

VI LOS SINDICATOS EN EL ESCENARIO ACTUAL RETOS Y PERSPECTIVAS

Muchos son los desafíos que enfrentan las organizaciones de los trabajadores con respecto al modelo descentralizado de producción en el entorno globalizado

Las presiones que ejerce la comunidad internacional para la consecución del modelo integrado económicamente así como también el paso del Estado del garantismo –que caracterizó la gestión gubernamental durante buena parte del siglo pasado- hacia una faceta tendiente al diálogo y a la concertación con la participación de los interlocutores sociales son factores innegables. Ante ellos cabe resaltar la importancia de la negociación colectiva con miras a que se produzca una inserción efectiva de las economías nacionales en el contexto mundial con un verdadero desarrollo social

Por ello el movimiento sindical vislumbró la necesidad de consolidar la internacionalización de sus actividades de la mano de la adaptación a las tendencias que presenta el mercado laboral obviamente sin perder de vista su función esencial y sus objetivos los cuales deben estar encaminados al logro de mejores condiciones para los trabajadores. El primer paso hacia el sindicalismo transnacional se produjo en la UE con la constitución el 8 de febrero de 1973 de la Confederación Europea de Sindicatos organismo sindical internacional que plantea entre sus objetivos evitar las

consecuencias de un sistema que permite a las empresas multinacionales eludir los perjuicios de los conflictos locales mediante el incremento de la producción o de la venta en otros países. Se trata de poner en juego de manera eficaz el principio de la solidaridad obrera.

Según Matías Hinterscheid²⁸⁶ miembro de la directiva de la Confederación Europea de Sindicatos, las organizaciones sindicales precisan mantenerse en la búsqueda de la identidad personal de los trabajadores, lo cual supone solicitar o exigir horarios de trabajo diferenciados, mayor autonomía, formación individual, carreras vocacionales y codecisión en los procesos de trabajo. Apunta Hinterscheid hacia una dimensión internacional de la acción sindical, lo que implica establecer instituciones sindicales supranacionales.

En este contexto, aunque algunos autores destacados como Montoya Melgar hacen énfasis en la importancia de la negociación colectiva como equiparador de fuerzas en las relaciones obrero patronales, por lo que se dice que la defensa de los intereses de los trabajadores es cada vez más una cuestión de autotutela en lugar de filantropía legislativa²⁸⁷, no debe dejarse de lado la frágil situación del sindicalismo en nuestros países subdesarrollados. Y más allá de estas consideraciones, tal como lo plantea el Profesor Alburquerque²⁸⁸, aun en los países que cuentan con un sindicalismo bien desarrollado, el avance de la autonomía colectiva no ha sepultado el ámbito de lo heterónomo en donde se preserva el principio protector.

La internacionalización de la negociación colectiva se presenta así como el nuevo escenario de las relaciones laborales en las empresas transnacionales. Ejemplo de ello es el Convenio Colectivo suscrito entre Volkswagen do Brasil Ltda. y

²⁸⁶ HINTERSCHEID M (1989). En DE BUEN N (2001b) pp 694-695

²⁸⁷ MONTOYA MELGAR. En ALBURQUERQUE R. (1998) pp 86-87

²⁸⁸ ALBURQUERQUE R. (1998) p 99

Volkswagen de Argentina S A por una parte (las empresas) y por la otra parte cuatro organizaciones sindicales tres de ellas de Brasil y una de Argentina a saber *Sindicato dos Metalurgicos do ABC Sindicato dos Trabalhadores nas Industrias e Oficinas Metalurgicas Mecânicas e de Material Elétrico e Eletrônico Siderurgicas e Automobilísticas e de Autopeças de Taubaté Tremembé e Distritos Confederação Nacional dos Metalurgicos da CUT* y el Sindicato de Mecánicos y Afines de Transporte Automotor de la Republica Argentina Dicho documento suscrito el 16 de abril de 1999 contiene los principios que rigen el relacionamiento laboral de la empresa en el ámbito del MERCOSUR

Mantener y mejorar los niveles de protección laboral resulta pues una justa aspiración por parte de las organizaciones sociales que ven potenciada su acción al campo supranacional Ello es así independientemente del hecho de que las condiciones de trabajo y los salarios son disímiles de un país a otro e g los países europeos con respecto a los de Latinoamérica De igual modo las medidas de flexibilización varían considerablemente en las diversas legislaciones nacionales No obstante Lo esencial no consiste en rechazar o aceptar la flexibilidad laboral sino en distinguir en primer lugar entre las flexibilidades verdaderamente útiles a la vida de las empresas y aquellas que sólo responden a las preocupaciones de los ideólogos del mercado Además también se debe comprender que a diferencia de otros mercados las leyes prevalecientes en el de trabajo se deben inspirar en la equidad tanto como en la pura lógica económica ²⁸⁹

En este contexto es esencial hacer alusión al principio de igualdad para el cual la OIT propone un cambio de paradigma en relación con su significado y alcance al plantear que nivelar el terreno de juego en el mundo del trabajo significa dejar atrás un

²⁸⁹ BRONSTEIN A (1998) p 123

modelo de trabajador masculino, regular y a tiempo completo. Exige salir de la esfera del lugar de trabajo para alcanzar a las comunidades, donde los trabajadores no organizados viven, e intervenir tanto a nivel nacional como internacional.²⁹⁰

Ante la visión descrita, es imprescindible la participación conjunta y, sobre todo, la disposición de colaboración mutua que deben tener los interlocutores sociales a fin de erradicar efectivamente las prácticas discriminatorias en materia laboral. Para ello, deben darse dos presupuestos. Primeramente, tanto empleadores como trabajadores deben disfrutar plenamente del derecho a formar organizaciones democráticas y representativas que puedan actuar sin impedimentos y participar de forma eficaz en los procesos de negociación. En segundo lugar, los sindicatos y las organizaciones de empleadores deben conocer a fondo qué son las prácticas discriminatorias, para poder combatir las mismas. Las cláusulas antidiscriminación o proigualdad como parte del contenido de los convenios colectivos son un reflejo del compromiso que asumen las partes en la batalla contra la discriminación en el empleo.²⁹¹

Pero, más allá de eso, se dice también que la búsqueda de la igualdad debe impregnar todo el proceso de negociación colectiva y no tratarse como un tema aparte. No obstante los objetivos propuestos, en Panamá, el contenido de la negociación colectiva parece transitar de modo recurrente en un solo camino, en lugar de explorar un panorama más amplio, al tratar solamente, de un lado, las demandas de los trabajadores en cuanto a estabilidad en el empleo y nivel de los salarios y, por parte de los empleadores, la forma de lograr una mayor flexibilidad en la relación laboral.

Es así que, en nuestros países en desarrollo, además de fortalecer la figura del sindicato, corresponde a las organizaciones sociales luchar por elevar las tasas de

²⁹⁰ OIT (2003b): p. 110.

²⁹¹ OIT (2003b): p. 109.

sindicalización estudiar mecanismos que contribuyan a disminuir la proporción cada vez más elevada de la fuerza de trabajo aglutinada en el sector informal así como también reducir los niveles del subempleo

Incluso en países altamente industrializados llegar a tener una acción unificada e influyente constituye todo un reto para las organizaciones sindicales de los trabajadores. La negociación centralizada trata la igualdad a lo interno de la empresa mas no incide sobre las prácticas de descentralización. Por ello se reportan diferencias entre los trabajadores que laboran para empresas principales y los trabajadores de empresas satélites que realizan las mismas funciones dentro de las empresas que sí cuentan con sindicatos que defiendan los intereses de afiliados contratados directamente por la empresa principal. En el Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda²⁹² por ejemplo la descentralización del marco de las relaciones laborales ha tenido repercusiones negativas en la negociación de la igualdad de género y en particular de la igualdad de remuneración.

Ahora bien, en cuanto a la correlación de las empresas tercerizadas entre sí pueden darse también situaciones de discriminación en las cuales pequeños empresarios pertenecientes a determinados grupos pueden verse perjudicados. Para contrarrestar estos posibles efectos negativos puede existir ya sea una acción coordinada entre los pequeños empresarios o pautas de conductas provenientes de las empresas que reciben servicios de *outsourcing*. Un ejemplo de esta última situación es la política de igualdad de oportunidades de la empresa AT&T que ofrece a todas las empresas pertenecientes a mujeres y a minorías un máximo de oportunidades para convertirse en proveedores, contratistas y subcontratistas de bienes y servicios²⁹³.

²⁹² OIT (2003b) p. 118

²⁹³ OIT (2003b) p. 119

El tema del *outsourcing* ha adquirido tal relevancia para el sindicalismo a nivel internacional que ya se considera tema de permanente debate y análisis. Tal es el caso de UNI Global Union (*Union Network International*), agrupación de sindicatos individuales que agrupa más de 900 sindicatos a nivel global, con su campo de acción dividido en cuatro regiones (África, América, Asia-Pacífico y Europa). La organización sirve así como foro de discusión sobre la descentralización empresarial en el contexto internacional. Según UNI Global Union, el término "*offshoring*" es comúnmente utilizado para describir el proceso por medio del cual las redes de producción emergen de compañías multinacionales que procuran beneficiarse de lugares con costos de producción bajos, a la vez que ampliar su base de conocimientos más allá de las economías industrializadas²⁹⁴.

Dentro de esta organización, se implementó a nivel de Europa el Proyecto MOOS (*Making Offshore Outsourcing Sustainable*), con la participación de sindicatos europeos, dirigido al desarrollo de reglas y directrices para los inversionistas con miras a lograr una internacionalización sostenible en términos sociales y económicos. El proyecto – con dos años de duración e inicio el 1º de diciembre de 2004- se concentró en la transferencia de empleos dentro de los sectores económicos del trabajo profesional y de conocimiento especializado, con énfasis en el sector de servicios y de telecomunicaciones que se moviliza desde Europa hacia las economías en crecimiento de Asia, Sudamérica y África.

Bajo la organización de la OIT, el Instituto Internacional de Estudios Laborales y el Ministerio de Trabajo, Empleo y Cohesión Social de Francia, se realizó en ese país en abril del 2005, una conferencia denominada "*Offshoring and the internationalisation of employment*". Dicha conferencia fue la respuesta al llamado de la Comisión Mundial

²⁹⁴ <http://www.moosproject.be/>. Revisado el 6 de mayo de 2006.

para la Dimensión Social de la Globalización, la que establece el trabajo decente como un objetivo global, así como también una mayor integración de los objetivos de empleo en las políticas económicas internacionales. Entre sus objetivos, la conferencia aludida abordó la discusión de posibles soluciones para combatir el impacto negativo de la internacionalización del empleo, al igual que el examen de los instrumentos internacionales existentes en cuanto al aspecto social de la globalización económica, tales como los acuerdos marco y los instrumentos normativos de la OIT.

Resulta, pues, indudable que la externalización genera un amplio y encendido debate a nivel internacional sobre escalas de remuneración y condiciones de trabajo, que llega al punto de tratar aspectos morales y éticos. El conflicto parece no encontrar su solución o tener salida en una mera equiparación de los salarios, la cual, por lo demás, no sería en absoluto viable, dadas las características disímiles que presenta cada nación en particular. Los propios sindicatos consideran como un objetivo muy lejano la equiparación de los salarios a nivel mundial, dentro de las empresas transnacionales. Se argumenta que lo más factible es la uniformidad de salarios en el plano nacional. Según entendidas opiniones, puede aspirarse incluso a la uniformidad a nivel regional, favorecida por acuerdos y tratados de libre comercio.²⁹⁵

Por otro lado, para los gobiernos, es esencial comprender que la norma laboral, por sí sola, no crea empleo, sino que constituye, más bien, una de las tantas condiciones que inciden en una percepción favorable del país para el inversionista.

No puede dejar de mencionarse que la situación actual de los sindicatos también presenta facetas positivas a los intereses de los trabajadores, logradas por medio de la negociación colectiva. En Suecia, el ordenamiento judicial tiende a atribuir al sindicato un propio y verdadero poder de veto al recurso al trabajo temporal. En primer lugar, el

²⁹⁵ NADAL VIGNOLO, S. (1983): p. 110.

contrato colectivo determina las restricciones a la posibilidad para la empresa utilizadora de alquilar mano de obra. Además, el artículo 38 del *Co-determination in the Workplace Act* (la ley de co-determinación en el lugar de trabajo) prevé que el sujeto que piensa recurrir a la utilización de mano de obra debe antes negociar con el sindicato signatario del contrato colectivo. Durante las negociaciones, se reconoce al sindicato, en algunas circunstancias, un derecho de veto sindical. El ejercicio del derecho de veto presupone que el recurso al suministro sea finalizado a la violación de disposiciones legales o de contratos colectivos (por ejemplo, si la empresa no efectúa de manera correcta las comunicaciones al fisco, o se violan importantes normas relativas a las condiciones de trabajo o a los tiempos de trabajo). A través del conocimiento de este poder significativo, el sindicato puede controlar y garantizar que el suministro sea gestionado correctamente. El sindicato no puede ejercer su derecho de veto en ausencia de razones válidas, bajo pena de condena a rembolsar los daños provocados al utilizador (no hay sin embargo responsabilidad posible hacia el proveedor).²⁹⁶

Holanda presenta una situación muy particular. En ese país, el contrato colectivo (entrado en vigor el 29 de marzo de 2004) reglamentando el suministro de mano de obra, estipulado por la Federación General de las Agencias de Trabajo Temporal y las tres principales organizaciones sindicales de asalariados, intenta conciliar las exigencias de flexibilidad de las empresas proveedoras con el interés del asalariado en la estabilidad de la relación de trabajo. Para permitir a las empresas proveedoras adaptar más fácilmente la naturaleza y la duración de la ocupación temporal a las necesidades específicas propias, el contrato colectivo prevé tres diferentes etapas crecientes de protección al trabajador. En la fase A, que dura 78 semanas, el trabajador tiene un contrato con la agencia, caracterizado por una cláusula de misión. El contrato acaba

²⁹⁶ DE LUCA TAMAJO, R. y PERULLI, A. (2006): p. 101.

cuando acaba la misión sin otra obligación de retribución a cargo de la agencia. Durante este periodo el trabajador puede interrumpir el contrato en todo momento sin preaviso. Además, tiene derecho a recibir tras 26 semanas de empleo en la misma empresa el salario correspondiente al de los trabajadores comparables de la empresa utilizadora. En la fase B el trabajador tiene todavía un contrato de duración determinada pero la agencia puede ofrecerle un contrato de duración indeterminada. En esta fase las partes pueden tener un máximo de 8 contratos de duración determinada antes de la fase siguiente. La fase C que tiene lugar después de tres años y medio de empleo en la misma agencia debe necesariamente concluir con un contrato de trabajo de duración indeterminada garantizando todas las protecciones reconocidas por la legislación laboral.²⁹⁷

Es de resaltar que una de las aspiraciones constantes del sector sindical dice relación con la importancia que tiene la participación activa de los representantes de los trabajadores en foros de concertación social. De igual modo se debe hacer énfasis en la capacitación combinada con el uso de tecnología ya que ésta resulta un aspecto vital en cuanto a prácticas laborales internas se refiere.

Debe tratarse también el aspecto de la distribución del producto o ganancia como consecuencia del aumento en la productividad. Ello puede lograrse de modo equitativo tomando en consideración la interdependencia que existe entre empleador y trabajador con transparencia en la gestión empresarial y en un escenario de diálogo en el que ambas partes puedan abiertamente exponer sus inquietudes y aspiraciones.

Todo lo planteado impone sin lugar a dudas la necesidad de abandonar la mentalidad de escasez y sustituirla por una mentalidad de abundancia. Es decir, lo que en una negociación implica una ganancia para una parte no necesariamente tiene que

²⁹⁷ DE LUCA TAMAJO R. y PERULLI A (2006) p. 102

representar una pérdida para la otra. Estimamos que con una mentalidad de abundancia se lograría reemplazar el clima de "confrontación" por el de "colaboración". Se aprecia que, en concordancia con lo señalado, durante los últimos años incluso ha cambiado la terminología en Recursos Humanos de "trabajadores" a "colaboradores". Todo ello va en una sola dirección, al afirmar que se deben unir esfuerzos en beneficio común y que la mejora de la productividad provoca que aumenten las ganancias, lo que debería redundar en el beneficio común de empleadores y trabajadores.

Sin lugar a dudas, la necesidad impostergable de enfrentar grandes desafíos, que realmente pueden transformarse en grandes oportunidades de crecimiento, requiere de la participación conjunta de las organizaciones de empleadores y de trabajadores. En la búsqueda de soluciones a los inconvenientes que pueden generarse debido a los procesos de descentralización, la colaboración mutua resulta, más que importante, indispensable, para la consecución de objetivos relacionados con alcanzar mejores condiciones de trabajo y, por ende, mejores condiciones de vida para los propios trabajadores.

SECCIÓN QUINTA

DESCENTRALIZACIÓN EMPRESARIAL Y DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

I LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO Y EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En nuestro ordenamiento jurídico los principios del Derecho Procesal del Trabajo constituyen una fuente supletoria de Derecho pues tienen la función de llenar los vacíos dejados por las normas procesales laborales. Ello brinda total autonomía e independencia al proceso laboral con respecto al civil según el contenido del artículo 534 del CT.

Señala Vasco Torres De León en cuanto al proceso laboral que el mismo () es distinto en su esencia al proceso común puesto que la indisoluble relación entre derecho sustantivo y derecho procesal reclama una adecuación de principios netamente laborales al proceso laboral que facilite y permita el tratamiento jurídico tutelar y compensatorio fundamental y primario en las relaciones de trabajo ²⁹⁸

Torres De León alude a tres principios fundamentales que rigen el Derecho Procesal del Trabajo a saber principio de veracidad principio protector y principio del criterio de conciencia y equidad.

Para el autor el principio de veracidad se cristaliza a través de la limitación de formalismos —procurando la simplicidad en la actuación con miras a imprimirle agilidad al proceso— la amplitud de pruebas y ampliación de las facultades del juez acentuando su calidad de director del proceso y la facultad de fallar *ultra y extra petita*. En cuanto al

²⁹⁸ TORRES DE LEÓN V (2003a) Curso de Derecho Procesal del Trabajo I Edición, Colección Papeles Laborales No. 6 Panamá, p. 113

principio protector el mismo encuentra su aplicación en las reglas *in dubio pro operario* la aplicación de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa. Se destacan también como manifestaciones del principio protector el carácter de aplicación inmediata que de modo general ostenta la norma laboral la redistribución de la carga probatoria y la facultad del juez de iniciación oficiosa en el caso en que un tercero es llamado a participar en el proceso. Por su parte el criterio de conciencia y equidad se concreta en la evaluación del material probatorio la cual debe hacerse en conciencia y de acuerdo con el buen criterio del juez²⁹⁹

Por su parte Jorge Fábrega Ponce³⁰⁰ propone una extensa lista de principios del Derecho Procesal del Trabajo compuesta por más de 18 preceptos o máximas entre los cuales figuran el carácter tutelar del Derecho Procesal del Trabajo la gratuidad el principio de contradictorio o bilateralidad de la audiencia la mutabilidad del proceso el impulso oficioso la sustanciación la inmediación y concentración la economía procesal el saneamiento la libertad de formas probidad y lealtad procesal libertad de medios probatorios y valoración de la prueba según la sana crítica etc

La aplicación de los principios antes mencionados en la actividad que realiza el administrador de justicia tiene por finalidad que así como el Derecho sustantivo del trabajo busca extenderse a la realidad de cómo se dan las relaciones jurídicas el proceso laboral siga la misma línea dado que las normas procesales procuran alcanzar una verdadera igualdad de condiciones en el proceso. En efecto existe por lo general una ostensible desigualdad económica entre las partes. Aunado a ello el hecho de que el empleador está en posesión de toda la documentación concerniente a la relación

²⁹⁹ Ver TORRES DE LEÓN V (2003a) pp 114 120

³⁰⁰ FÁBREGA PONCE J (1982) *Derecho Procesal del Trabajo* Litho-Impresora Panamá, S A Panamá, p 389

laboral, pone en desventaja evidente al trabajador, lo que se suple a través de la aplicación de los principios del Derecho del Trabajo en el proceso.

En efecto, dichos preceptos resultan ser una guía para encontrar solución a los problemas jurídicos que deban resolverse, cuando la norma sustantiva laboral y la analogía son insuficientes. Y es que, en lo que a descentralización empresarial se refiere, esta es, precisamente, la situación que se presenta: la norma laboral y la analogía resultan, en muchas ocasiones, insuficientes, para otorgar a una relación contractual su justa dimensión, tomando en cuenta el esquema de producción actual.

Obligante es mencionar aquí el contenido de los artículos 91 a 98 del CT, los cuales establecen, desde hace más de 30 años, toda una serie de condicionamientos a la estructura patronal, encaminados en la época de su implementación a contrarrestar el fraude a la legislación laboral a través del ocultamiento del verdadero empleador y, a la vez, proveer al trabajador de vías de acción para garantizar a toda costa, la satisfacción de sus acreencias laborales. Por ello, nuestra legislación contempla un sistema detallado de responsabilidades solidarias y prohibiciones específicas sobre determinados arreglos patronales para el suministro de mano de obra. Salta a la vista que nuestro CT se ha quedado rezagado en la modernización de sus instituciones, a fin de hacer más ágiles y fluidas las relaciones laborales, lo que resultaría beneficioso, tanto para trabajadores como para empleadores.

En esta medida, deberá el juzgador recurrir a los principios del Derecho procesal del trabajo para determinar, en cada caso en particular, cuál es la esencia de la relación en examen. Como se ha señalado, las formas contractuales descentralizadas, aunque válidas desde la perspectiva de las facultades del empleador en cuanto al diseño de su empresa, son fronterizas en cuanto a su determinación como laborales o no, al ser confrontadas con nuestro Derecho sustantivo.

II ALGUNAS VÍAS DE RECLAMACION PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS RELATIVOS A LA DESCENTRALIZACIÓN EMPRESARIAL

Es más que interesante entrar a desgranar todo el análisis lógico que lleva a cabo el juzgador al momento de presentársele un conflicto laboral. El Profesor Fernando Valdés del Re³⁰¹ hace un análisis profundo de ello y plantea que en general la estructura típica del conflicto de fondo sometido a conocimiento del juzgador cuando el trabajador considera que un derecho fundamental le ha sido conculcado consiste en que el trabajador invoca la tutela del derecho lesionado en virtud de una acción u omisión del empleador. Dado lo anterior, el canon interpretativo del razonamiento judicial dirigido a ponderar y sopesar entre los derechos en colisión viene a ser el principio de proporcionalidad, ya que se trata de proteger los derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones procedentes de conductas activas o pasivas del empresario.

En cuanto a la propia estructura del razonamiento lógico que ha de utilizar el juez a fin de llegar a una solución del conflicto presentado, se habrá de verificar si las restricciones en las cuales se fundamenta la queja del trabajador son adecuadas, indispensables y proporcionales. El juicio de ponderación ha de constatar que el acto empresarial impeditivo del derecho no traspasa lo razonable, es necesario para lograr el fin perseguido y mantiene un principio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y el bien que se tutela.³⁰² Así, para determinar a cuál de las partes asiste el derecho, lo esencial es analizar si se pierde esa proporcionalidad o balance entre derechos y obligaciones de ambos contratantes, dando lugar a resarcimiento económico o restitución a la situación de hecho anterior a la violación del orden legal.

³⁰¹ VALDES DAL RE F (2003) p 100

³⁰² VALDÉS DAL RÉ (2003) pp 100-101

Desde la perspectiva de la jurisprudencia laboral española según anota Edurne Terradillos³⁰³ los tribunales proceden a analizar la estructura jurídica de los grupos de empresas a partir de reclamaciones de tipo individual provenientes de trabajadores que vean vulnerados sus derechos con motivo de los procesos de descentralización empresarial. Para efectos de determinar quién es el empresario verdaderamente responsable del cumplimiento de las cargas laborales debe constatarse una fuerte presencia del fraude de ley o un ejercicio antisocial del Derecho por parte del empleador. Además debe advertirse un resultado atentatorio de los derechos de los trabajadores por lo que se requiere una repercusión negativa en las relaciones laborales.

() Es habitual que los jueces del orden social descarguen el impeno de la ley sobre estructuras de empresas complejas que abarcan todo un ciclo productivo cuyas descentralizaciones no asumen el nivel de independencia atribuible al empresario al frente de la empresa regulada por la legislación laboral. No obstante a la vez de la presencia de un grupo centralizado la doctrina jurisprudencial española exige la presencia del abuso de Derecho. A raíz de lo expuesto hasta aquí resulta que el campo de intervención judicial creador de una teoría de los grupos también abarcaría a los llamados grupos «patológicos» o si se prefiere sociedades diversificadas que ocultan realidades subyacentes de una empresa con un único titular que pluraliza jurídicamente su actividad y cuya finalidad principal es eludir la aplicación del Derecho del Trabajo.³⁰⁴

En vista del criterio esbozado los trabajadores pudieran no ver reconocidas sus aspiraciones a menos que resulte comprobable el ánimo defraudatorio y abusivo de la personalidad jurídica por parte del empleador.

³⁰³ TERRADILLOS ORMAETXEA E (2000) pp 144 145

³⁰⁴ TERRADILLOS ORMAETXEA E (2000) p 145

Hechos estos comentarios preliminares pasemos a analizar a la luz de nuestro ordenamiento jurídico algunas acciones que pudiera intentar el trabajador al considerar que sus derechos son vulnerados en virtud de medidas de externalización de la producción

A PROCESOS ANTE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA DE TRABAJO

1 PROCESO COMUN

Los procesos de conocimiento tienen por objeto la dilucidación y declaración de un derecho una responsabilidad una condena o la constitución de una relación jurídica por lo cual se debaten las pretensiones discutidas por las partes y el juez decide respecto a las mismas³⁰⁵ Dentro de ellos el proceso comun es el utilizado por excelencia para dirimir los conflictos suscitados por la aplicación de las normas laborales

El artículo 531 del CT dispone que las controversias laborales que no tengan senalado un procedimiento especial se tramitan conforme al procedimiento comun establecido en el Código para los procesos de trabajo cualquiera que sea su naturaleza

La circulación o rotación de los trabajadores entre empresas inmersas en procesos de descentralización puede en efecto dar lugar a reclamos de parte de trabajadores que consideren vulnerados sus derechos En este sentido en el Derecho espanol es posible que aun declarándose la licitud de la transmisión de empresa se declare una unidad de empresa entre la porción segregada y la empresa cedente

Entonces podrá admitirse la combinación«licitud de la transmisión unidad de empresa»para el caso de que haya sido transmitida una unidad productiva de la empresa Recordemos que el TS subraya la autonomia de la «unidad productiva

³⁰⁵ FABREGA PONCE J (1982) p 101

autónoma»del art 44 ET aunque hace descansar el criterio medidor en la *capacidad o aptitud* productiva de la misma sin necesidad de que se dote de una organización Así pues la transmisión será declarada lícita bajo la previa comprobación de que la unidad transferida cuenta con la posibilidad de seguir produciendo en la empresa a la que fue transferida Sin perjuicio de que en el momento de la investigación no esté funcionando como autónoma en todo caso se deberá atender a una configuración mínima que le permita funcionar con independencia del conjunto empresarial en el que ha sido transferida Siendo esto así nada obsta para que sea declarado un único ámbito de organización y dirección entre la empresa donde se ubican la unidad productiva autónoma y otra empresa u otro conjunto de empresas ³⁰⁶

Tal es el caso que se observa en la STSJ Cataluña (Soc) de 16 de noviembre de 1993 FJ 2º (AS TSJ-4892) En la jurisprudencia aludida se examina la segregación de un departamento de una empresa en dos para luego ser transferidos a otras empresas del mismo grupo El proceso surge a raíz de la negativa de un trabajador transfendo ante la medida adoptada por su empleador primario La transmisión fue en efecto declarada lícita No obstante se declaró la existencia de una sola empresa con una plantilla única y en consecuencia se consideró que existía un único ámbito de organización y dirección Por ello se desestimó la pretensión del trabajador de no incorporarse a la empresa a la cual había sido transfendo el departamento en donde prestaba sus servicios al igual que su solicitud de que se declarara el despido ³⁰⁷ En el caso en comento llama la atención que la declaración de existencia de un grupo económico en lugar de favorecer los intereses del trabajador resulta opuesta a sus intereses en el proceso

³⁰⁶ TERRADILLOS ORMAETXEA E (2000) pp 110 111

³⁰⁷ TERRADILLOS ORMAETXEA E (2000) p 111

Cabe también hacer referencia a otra jurisprudencia española: la STS (Soc.) de 20 de enero de 1997, FJ 3º [AL (1997-2), R. 773]. En este caso, se encontró que no existía responsabilidad solidaria entre empresas del Grupo Telefónica, ni existía la figura de la sucesión de empresas, si bien se reconoció la existencia de un grupo y la transferencia de una parte del personal de la empresa matriz a dos filiales. El tribunal resolvió negar la responsabilidad solidaria por considerar que no existían los elementos necesarios para que se configurara la misma. La solicitud de declaración de sucesión laboral fue negada debido a que había existido, previamente al cambio de titularidad, una válida extinción del contrato de trabajo con base a una causal prevista en la ley. Se dejó sentado que el artículo 44 del ET, en el evento de que hubiera sido aplicable, no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba, sino sólo a respetar las existentes al momento de la transferencia.³⁰⁸

Evidentemente, una sucesión laboral no se da conforme a una liquidación o pago al trabajador de las prestaciones laborales acumuladas en la empresa primigenia sino que, por el contrario, supone una transferencia del pasivo laboral al nuevo empleador.

En cuanto a la jurisprudencia nacional, podemos mencionar la Sentencia de 29 de septiembre de 2004, proferida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que resuelve recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del 5 de marzo de 2004, dictada por el Tribunal Superior de Trabajo del Segundo Distrito Judicial, dentro del Proceso Marsella Barrios vs. Editora Panamá América, S.A. El fallo tiene su génesis en un proceso común en el cual la Señora Marsella Barrios reclamó el pago de prestaciones laborales –prima de antigüedad, XIII mes, vacaciones vencidas, recargos legales e intereses y las correspondientes costas y gastos del proceso- a la Editora

³⁰⁸ TERRADILLOS ORMAETXEA, E. (2000): p. 111.

Panamá América S A (EPASA) por la suma de B/ 25 070 40 La demandante adujo que entre ella y la empresa existió una relación laboral

En la sentencia de primera instancia el Juzgado de Trabajo de la Cuarta Sección con sede en Coclé absolvió a la empresa del pago aludido La misma fue apelada por el apoderado de la trabajadora y el Tribunal Superior de Trabajo del Segundo Distrito Judicial modificó la resolución del A Quo declarando la existencia de la relación de trabajo por un período de cuatro años (entre el 12 de noviembre de 1990 y el 31 de diciembre de 1994) y condenando a la empresa al pago de B/ 1 804 68 en concepto de vacaciones y XIII mes Fundamentó el Tribunal Superior de Trabajo su decisión en que se probó que a partir de enero de 1995 la demandante prestó servicios a otra empresa por lo cual quedó desestimada a partir de ese momento la dependencia económica Por otro lado se aludió también en el fallo a la reforma implementada mediante la Ley No 44 de 1995 con respecto al contenido del artículo 242 del CT que señala ciertas situaciones en las que queda excluida la existencia de una relación de trabajo

Ambas partes formalizaron recurso de casación solicitando la revocación parcial de la sentencia recurrida la trabajadora peticionando que la empresa fuese condenada por la suma demandada y la empresa solicitando la absolución del pago de la suma en ella impuesta Para arribar a su decisión la Sala entró a analizar los argumentos en los que se apoyaron las contrapartes al aducir la violación al artículo 91 del CT Dicha norma es del tenor siguiente

Artículo 91 Se considerará también como empleador a la persona que de modo periódico venda o en cualquier forma entregue artículos materiales efectos o cualquier clase de bienes a una persona natural carente de organización propia encargándose ésta última de revenderlos o distribuirlos siempre que la reventa o distribución se realice conforme a determinadas rutas horarios normas o dirección o que se derive de dicha actividad el medio principal de sostenimiento

El juzgador de segunda instancia consideró que la demandante carecía de organización propia *criterio* que no compartió la CSJ y que fue planteado en los siguientes términos

() esta Sala observa en las piezas presentes en el proceso que la Señora Marsella no carecía de organización propia toda vez que contaba con oficinas propias contaba con canillitas que laboraban para ella en la reventa de periódicos contaba con puestos de ventas de periódicos en diferentes comunidades de la Provincia de Coclé tenía organizada las rutas y la forma de distribución a los diferentes canillitas así como el sistema de cobro y devoluciones de los mismos Toda esta organización corría por cuenta de la Señora Marsella no por parte de la empresa EPASA, eso es de alguna manera corroborado por las declaraciones de los testigos aportados por la parte demandante ()

En efecto fueron tomadas en consideración las declaraciones de la trabajadora doméstica de la demandante al igual que la de uno de sus vendedores quienes describieron claramente las operaciones de la demandante Además se realizó una diligencia de inspección ocular a la oficina de la Señora Barnos La CSJ concluyó que

Así las cosas aunque durante el período comprendido entre el 12 de noviembre de 1990 al 31 de diciembre de 1994 la señora Marsella se sustentaba económicamente de su relación con la empresa EPASA los hechos demuestran que no se enmarca en el supuesto establecido en el artículo 91 del Código de Trabajo sino que prestaba sus servicios como mayonista revendedora es decir tenía una relación con la empresa de tipo comercial

Frente a este escenario jurídico la Sala arriba a la conclusión de que no existía relación de trabajo entre la demandante y la demandada por el período comprendido entre el 12 de noviembre de 1990 y el 31 de diciembre de 1994 por lo tanto la sentencia recurrida ha infringido el artículo 91 del Código de Trabajo

Siendo ello así la Corte casó parcialmente la sentencia objeto del recurso declaró que no existía relación laboral y absolvió a la empresa de cualquier pago a la demandante Con la sentencia analizada se observa que mediante el proceso común el juzgador puede entrar a conocer de controversias en las cuales el peticionario que bien pudiera ser un trabajador externalizado reclame el pago de prestaciones laborales a la empresa que percibe directamente sus servicios

2 PROCESO ABREVIADO PARA LA FIJACIÓN DE NUEVO SALARIO

La paridad de tratamiento impuesta por el principio de igualdad de salario en idénticas condiciones es poco abordada por los ordenamientos jurídicos en conexión con procesos de externalización productiva. Si bien es cierto que en una gran cantidad de casos las funciones de los trabajadores de la empresa principal resultan incompatibles con las de los empleados de la contratista por la naturaleza de la actividad o por la aplicación de convenciones colectivas diferentes, no menos cierto es que la previsión de igualdad de trato es oportuna en los casos en que trabajadores de la empresa principal y trabajadores externalizados laboran en estrecha conexión ejerciendo idénticas funciones.

La protección que busca brindarse a los trabajadores desde el plano individual encuentra su sustento en la idea de que el proceso de *outsourcing* debe dirigirse a obtener ventajas de tipo industrial (especialización, tecnología, etc.) y no meramente a reducir el costo de la mano de obra. Ello es así toda vez que en el aspecto administrativo los trabajadores del adjudicador (empresa principal) y del adjudicatario (empresa satélite) se ven comúnmente sometidos a un mismo poder de dirección, por lo que es particularmente importante que gocen de igualdad de trato.

En la Unión Europea los empleados pueden hacer valer sus propios derechos contra el adjudicador durante la ejecución de la adjudicación y hasta un año después de la cesación, según el artículo 3.2 D Lgs. 72 de 2000, puesto en ejecución por la directiva 96/71/CE, dirigida a garantizar que los trabajadores que prestan servicios en un país de la UE diferente del suyo tengan derecho a las condiciones legales y contractuales en el lugar de la ejecución.

En nuestra legislación, el artículo 145 del CT establece tres supuestos en los cuales el trabajador puede, mediante proceso abreviado, reclamar que se fije el salario.

mínimo acorde con la actividad que desempeña. Ellos son: en los casos de violación directa del principio de igualdad de salario; tratándose de las actividades para las cuales no se ha fijado un salario mínimo o, bien, cuando la remuneración del trabajador sea notoriamente inequitativa comparada con el salario promedio existente en la industria o actividad de que se trate. Dispone dicha norma que el salario que se fije no tendrá efecto retroactivo, sino que será efectivo a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Con base en la norma antes citada, se hace viable, a nuestro criterio, la solicitud por parte de un trabajador tercerizado para que se le fije un nuevo salario mínimo, tomando como referencia la escala salarial existente en la plaza.

B. PROCESOS ANTE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL DE TRABAJO

Las Juntas de Conciliación y Decisión fueron establecidas mediante la Ley No. 7 de 25 de febrero de 1975, con miras a proveer a las partes en conflicto de una solución más expedita frente a la ofrecida por los tribunales ordinarios de justicia. El artículo 1º de dicha ley determina que las Juntas de Conciliación y Decisión son competentes para conocer reclamos cuya cuantía no exceda los mil quinientos balboas, además de demandas por despido injustificado –independientemente de la cuantía- y demandas interpuestas por trabajadores domésticos. De los procesos antes mencionados, pasaremos a hacer breves comentarios acerca de los dos primeros, obviamente, desde la perspectiva de su relación con conflictos surgidos a raíz de la externalización productiva.

1. DEMANDA POR DESPIDO INJUSTIFICADO

Nuestra legislación prohíbe al empleador poner término a la relación de trabajo por tiempo indefinido –con excepción de los supuestos comprendidos en el artículo 212 del CT-, sin que medie una causa justificada de despido, debiendo efectuarse el despido en cumplimiento de las formalidades legales (artículo 211 del CT). Es así que el Código de

Trabajo dispone en su artículo 212 una serie de causales que puede invocar el empleador para concluir la relación laboral.

Es este contexto, muchas son las aristas que puede revestir este tipo de reclamo. Por ende, no pretendemos enumerar todas las circunstancias específicas de una demanda por despido injustificado cuando existe una situación de externalización o tercerización.

Basta con mencionar que, de primera mano, pareciera que el trabajador está sujeto a un doble deber de obediencia. Por un lado, debe seguir las indicaciones planteadas en cuanto a la ejecución de las labores, por parte de quien recibe la prestación de sus servicios. No obstante, por otro lado, el trabajador se encuentra contratado por otro empleador, quien, en todo caso, es el encargado del manejo de todas las comunicaciones al trabajador, v. gr., felicitaciones, así como amonestaciones y terminación de la relación laboral.

De igual forma, ante una demanda que persigue que el despido sea declarado injustificado, la empresa demandada que recibió la prestación personal de servicios, puede interponer una excepción de inexistencia de la relación laboral. Con el análisis de los hechos de cada caso, se llegará a determinar si ha existido realmente una relación de trabajo y, de ser así, quién o quiénes se considerarán como empleadores y, por tanto, responsables del pago de las consecuentes prestaciones laborales a que haya lugar.

2. DEMANDA DE PRESTACIONES LABORALES

Al igual que sucede con las reclamaciones por despido injustificado, el resultado de un reclamo de derechos adquiridos se hará depender, fundamentalmente, de cuál sea el criterio que utilice el juzgador para desentrañar quien es el empleador, en los supuestos en donde varias empresas se ven relacionadas con el trabajador

demandante. Esto, cuando se demuestre que existe una relación de trabajo o, sencillamente, cuando el empleador reconoce su condición de tal, siendo las condiciones de trabajo pactadas verbalmente.

Se estará al análisis de los hechos específicos para fijar si existe o no una responsabilidad solidaria en cuanto al pago de prestaciones cuando se recurre a la intermediación o subcontratación, ya que, por lo común, el trabajador presenta la demanda en contra de su empleador formal, es decir, de quien lo contrató; y solidariamente, demanda a quien recibió su prestación personal de servicios.

C. PROCESOS ANTE EL MINISTERIO DE TRABAJO DE DESARROLLO LABORAL

Las facultades jurisdiccionales del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral son establecidas en el artículo 1º de la Ley No. 53 de 28 de agosto de 1975, que contiene normas de procedimiento, así como también, prevé medidas cautelares y sanciones en caso de incumplimiento de los deberes del empleador.

1. DEMANDA PARA LA DETERMINACIÓN DE SALARIO MÍNIMO

Este proceso está comprendido entre las facultades jurisdiccionales que recaen en el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, establecidas mediante el artículo 1, ordinal 2, de la Ley No. 53 de 1975. Comprende demandas para la determinación del salario mínimo legal y convencional, ya sea que exista o no reclamo de la diferencia adeudada, e independientemente de la cuantía de la reclamación. La primera instancia se surte ante la Dirección General o Direcciones Regionales de Trabajo y el Ministro de Trabajo conoce de la apelación.

Consideramos que, en los casos de procesos de externalización en donde los trabajadores tercerizados y trabajadores de la empresa principal ejecuten funciones análogas, este procedimiento podría tener lugar, de existir una diferencia entre las

remuneraciones de unos y otros. Claro está tomando en cuenta aspectos fundamentales como lo son la antigüedad, los parámetros específicos de productividad a que esté sujeta una determinada posición y la capacitación especial que se haya impartido a cada uno de los trabajadores para el mejor desempeño de sus funciones.

2. DEMANDA RELATIVA A LA INTERPRETACIÓN O VALIDEZ DE CLÁUSULAS PACTADAS EN UNA CONVENCIÓN COLECTIVA

Esta es otra de las reclamaciones reguladas en la Ley No. 53 de 1975. Se trata aquí de las demandas dirigidas a obtener una interpretación en Derecho o bien determinar si es o no válida una estipulación contenida en una convención colectiva o acuerdo pactado colectivamente.

Opinamos que tendría cabida una demanda de esta naturaleza por parte de una organización social cuyo objetivo final sea hacer aplicable el contenido de un convenio colectivo a trabajadores que presten servicios en régimen de *outsourcing* dentro de las instalaciones de la empresa principal.

3. DEMANDA DE REINTEGRO POR VIOLACIÓN DE FUERO SINDICAL

Contamos en nuestro país con varios pronunciamientos por parte de nuestra más alta corporación de justicia relativos a la externalización de servicios que ostentan su génesis en procesos de reintegro por violación de fuero sindical.

En el fallo de 22 de junio de 2004 emitido por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia resolviendo recurso de casación laboral interpuesto por Víctor Hernández contra la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial de Panamá del 3 de marzo de 2004 dentro del Proceso Panaclean S.A. vs. Víctor Hernández, la Corte casó la sentencia recurrida y ordenó el reintegro inmediato del trabajador despedido.

Veamos los antecedentes de esta interesante jurisprudencia antes de analizar la parte resolutive de la misma. El Municipio de Colón celebró un contrato de concesión administrativa con la sociedad Aguaseo, S.A. para la prestación del servicio de recolección, tratamiento y disposición de basura. Aguaseo, S.A. subcontrató el servicio con la empresa Panaclean, S.A. que, a su vez, celebró un contrato de trabajo por tiempo indefinido con el trabajador casacionista. En dicho contrato se incluyó una cláusula de período probatorio de tres meses y, con base en ella, la empresa dio por terminada la relación laboral dentro dicho período probatorio.

El trabajador Víctor Hernández presentó ante la Dirección Regional de Trabajo de Colón una demanda de reintegro por violación de fuero sindical contra la empresa Panaclean, S.A. Su petición fue negada, por lo que se surtió apelación ante el Ministro de Trabajo y Desarrollo Laboral, quien revocó la resolución de la Dirección Regional y ordenó el reintegro inmediato del trabajador.

La empresa procedió a presentar demanda de impugnación de reintegro, radicada en el Juzgado Segundo de Trabajo de la Segunda Sección de Colón, que mantuvo la orden emitida por el Ministerio de Trabajo, con base en el análisis del Acuerdo No. 101-4012 de 9 de Abril de 2002, por medio del cual el Consejo Municipal de Colón aprobó el Contrato de Concesión Administrativa para la prestación del Servicio de Recolección, Tratamiento y Disposición Final de Desechos entre el Distrito de Colón y la empresa Aguaseo, S.A.

En grado de apelación, el Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial revocó la sentencia del a-quo y negó la solicitud de reintegro del trabajador, motivando la resolución en que la empresa ejerció su derecho a terminar el contrato dentro del período probatorio, considerando que no era pertinente analizar el contenido del Acuerdo del Consejo Municipal, ya que el mismo no se refería a la empresa

demandada. Además, consideró el ad-quem que, por referirse el Acuerdo a servidores públicos, no resultaba aplicable la legislación laboral al caso.

En su recurso de casación, el trabajador estimó infringidos, entre otros, los artículos 6 y 8 del CT, el primero de los cuales consagra el principio protector, a través de la aplicación de la norma más favorable al trabajador en casos de duda o conflicto de leyes, consagrando el segundo el principio de irrenunciabilidad de derechos. Citó además el casacionista el artículo 89 del CT, el cual alude a la figura del intermediario.

La Sala Tercera de la CSJ estimó que le asistía la razón al casacionista, por lo que casó la sentencia del Tribunal Superior y ordenó el reintegro inmediato del trabajador. Al igual que el Juzgado Seccional de Trabajo, la CSJ pasó a examinar el Acuerdo Municipal contentivo del Contrato de Concesión Administrativa celebrado entre el Municipio de Colón y Aguaseo, S.A., en el cual, dejó sentado la Sala, se menciona expresamente la figura del subcontratista, cual es la situación de la empresa demandada. Cita la Corte la cláusula cuarta, numeral 6 del acuerdo, cuyo tenor es el siguiente:

"CLÁUSULA No. 4: DERECHOS. En la prestación del servicio de recolección, tratamiento y disposición final de los desechos sólidos contenido en el presente contrato y durante la vigencia del mismo, LA EMPRESA tendrá los siguientes derechos:

...

6. Facultad de sub-contratar, total o parcialmente a empresas nacionales o extranjeras, las actividades necesarias para el cumplimiento del objeto de este contrato y a tales sub-contratistas le serán aplicables las normas legales y reglamentos que rigen la presente concesión administrativa, por lo cual deberá contar con el consentimiento del Municipio."

Del examen de dicha cláusula, determinó la Corte que Panaclean, S.A. estaba obligada a respetar el contenido del contrato de concesión administrativa tanto como Aguaseo, S.A., incluyendo los aspectos relativos a la contratación de mano de obra, establecidos en la cláusula tercera, numeral 8 del acuerdo, y cuyo texto es el siguiente:

"CLÁUSULA No. 3: OBLIGACIONES DE LA EMPRESA: LA EMPRESA asumirá el control y la prestación del servicio a partir de la fecha de vigencia del presente contrato y durante ese período tendrá las siguientes obligaciones:

...

8. Absorber los trabajadores de la actual estructura laboral, de la Dirección Metropolitana de Aseo Urbano y Domiciliario, después de que aquellos que hayan sido indemnizados por el MUNICIPIO DE COLÓN, al momento de la terminación de la relación laboral. Igualmente, en caso de que se requiera reclutar nuevo personal, tendrán preferencias aquellas personas que residan en el Distrito de Colón.

LA EMPRESA se obliga a garantizar la estabilidad laboral de los trabajadores seleccionados por LA EMPRESA, siempre y cuando este personal cumpla con el perfil del cargo previamente establecido y con las disposiciones contenidas en el Código de Trabajo vigente en la República de Panamá, por un período de dos (2) años a partir del inicio de las operaciones. Transcurrido este término (sic) LA EMPRESA, tiene el derecho de contratar o mantener la estructura laboral que considere adecuada a sus necesidades."

Así, dictaminó entonces la Corte que Panaclean, S.A. estaba en la obligación de otorgar estabilidad laboral a sus trabajadores, en cumplimiento del contrato de concesión administrativa, lo que comprendía la obligación de no dar por terminada una relación laboral, a menos que mediara una causa justa de despido, independientemente de si el trabajador gozara de fuero sindical o no.

La Corte dejó sentado una vez más su criterio en torno a la función social de las normas laborales, así como la obligación del Estado de velar por su cumplimiento, aclarando que la legislación laboral resulta aplicable a la controversia, siendo que se trataba de servidores públicos que pasaban a ser trabajadores del contratista:

"Debe destacar esta Superioridad que las normas del Código de Trabajo son de carácter social y público aplicables, en este caso, a los trabajadores desde el momento en que dejan de ser empleados del municipio y son absorbidos por el contratista. Como consecuencia de ello, corresponde al Estado velar por la protección de los trabajadores, tal como lo señala el Artículo 1 del Código de Trabajo. Este (sic) responsabilidad se consagra en el principio del in dubio pro operario, establecido en nuestra Constitución Nacional, que establece que en caso de duda en la aplicación de dos normas diferentes, se escogerá la que más favorezca al trabajador."

De este modo, la Corte consideró que habían sido infringidos los artículos 6 y 8 del CT endilgados por el recurrente, toda vez que debía haberse aplicado por el juzgador la norma más favorable, esto es, el Acuerdo Municipal 101-4012.

Cabe destacar que, además del fallo antes comentado, existen cuatro pronunciamientos más en el mismo sentido, ya que fueron cinco los trabajadores de la misma empresa que agotaron las instancias legales correspondientes, a fin de obtener la orden de reintegro a sus puestos de trabajo. Las cuatro jurisprudencias aludidas son todas del 22 de junio de 2004 y en ellas se resuelven recursos de casación interpuestos por los trabajadores Amelia Clauzel, Francisco Chávez, Víctor Rodríguez y Emérita de Chirú, contra sentencias proferidas por el Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial, dentro de procesos de impugnación de reintegro en los que figura como demandante la empresa Panaclean, S.A.

Es de resaltar aquí el criterio de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la extensión de la aplicabilidad de lo pactado entre el Estado y la empresa contratista a su subcontratista, resultante en una garantía de estabilidad a favor de los trabajadores, con independencia de lo que hubiese sido estipulado en los contratos individuales de trabajo. Surgió así en estos casos una obligación o carga para el subcontratista de cumplir con determinados mínimos en cuanto a la duración de la relación laboral. Los fallos antes aludidos revisten de igual forma una importancia adicional por el hecho de que, al ser varios en el mismo sentido, se constituyen en doctrina probable.

D. ARBITRAJE Y OTROS MECANISMOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

El arbitraje se destaca como un medio de solución pacífica de conflictos laborales adoptado en gran cantidad de sistemas jurídicos, incluyendo el nuestro, teniendo en

cuenta las diferencias que suelen generarse en las relaciones obrero-patronales en el aspecto económico y en las diversas facetas socio-políticas del quehacer nacional

Al decir de Cecilio Cedalise³⁰⁹ el arbitraje representa un mecanismo de solución de conflictos colectivos laborales que recae estrictamente sobre los de naturaleza económica y se caracteriza por la intervención de personas ajenas al *diferendum* que tienen la misión de resolverlos a través de una decisión denominada laudo arbitral. Se trata pues de un medio instituido para la solución pacífica de los conflictos de trabajo ante el fracaso de la negociación colectiva. En nuestro CT el arbitraje se encuentra regulado en el Título sobre los conflictos colectivos artículos 452 a 474. Más allá de su función de mecanismo para la solución de conflictos el laudo arbitral en Panamá posee también efectos normativos según lo dispone el art. 470 del CT.

Atendiendo a la naturaleza jurídica de la figura para el Profesor Jaime Cerón Coral³¹⁰ el arbitraje es un acto porque las partes comparecen a la vista o audiencia en la que presentan su causa e impugnan la ajena. El procedimiento lo constituyen las diversas formalidades y trámites desde que se pone en marcha este sistema de composición hasta que se dicta la sentencia o laudo arbitral.

Por su parte la conciliación es un método de solución de conflictos por el cual un tercero neutral colabora con las partes en conflicto a fin de que estas reestablezcan la comunicación y puedan encontrar por sí mismas una solución adecuada a un conflicto que tienen entre sí por medio de un acuerdo que en lo posible satisfaga sus intereses. La conciliación puede ser privada en sede administrativa o en sede judicial.³¹¹

³⁰⁹ CEDALISE RIQUELME C (1999) *El arbitraje laboral en Panamá* 1 Edición Editorial Portobelo Pequeño Formato No. 129 Panamá, pp. 6-7

³¹⁰ CERÓN CORAL J (1989) *El arbitraje laboral* 1 Edición Biblioteca Jurídica Dike Medellín p. 71

³¹¹ PARÍS H (2003) Los métodos alternos de solución de conflictos en materia laboral. En *Relacentro Revista de Relaciones Laborales* No. 4 Año 3 Proyecto Relacentro OIT San José p. 11

En nuestro país, la conciliación a nivel de conflictos en la relación individual de trabajo puede darse, tanto judicial, como extrajudicialmente. En el primer caso, se da como etapa inicial dentro del acto de audiencia, si bien las partes se encuentran en libertad de llegar a una transacción en cualquier momento antes de emitirse el fallo. Por su parte, la conciliación extrajudicial o administrativa tiene, en Panamá, su fundamento legal en el Decreto de Gabinete No. 249 de 16 de julio de 1970, mediante el cual se creó el Ministerio de Trabajo.

Se entiende por mediación, la ayuda que un tercero presta a las partes discrepantes para que se pongan de acuerdo. Generalmente se trata de expertos o entendidos en la materia que examinan el conflicto planteado e informan respecto a sus causas, efectos y soluciones. Por lo general, los mediadores formulan una recomendación para ser sometida a las partes en discordia.³¹²

Importa destacar que cada vez es más frecuente la tendencia a implementar técnicas de solución de conflictos alternas a la vía jurisdiccional, con miras a lograr una mayor celeridad y satisfacción de las partes involucradas. Llama la atención que en Costa Rica, el acuerdo como producto de estos mecanismos alternos hace tránsito a cosa juzgada, con lo cual quedan equiparados más bien al arbitraje, pero conservando la utilización de los términos *conciliación* y *mediación*. El Centro de Resolución Alternativa de Conflictos Laborales de Costa Rica fue establecido oficialmente el 30 de agosto del 2000, fecha en que se le concede certificación para operar como una dependencia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de conformidad con la Ley 7727 del 4 de diciembre de 1997.

Varias legislaciones en Latinoamérica tratan de los mecanismos relativos a los conflictos colectivos, en particular de la conciliación y el arbitraje, facultativo o forzoso.

³¹² CERÓN CORAL, J. (1989): p. 66.

Chile, por ejemplo, prevé el libre uso de la mediación y el arbitraje facultativo. Perú, por su parte, ha adoptado una ley especial en materia de arbitraje. En cuanto a la Argentina, la reciente Ley de 1998 establece que el Ministerio de Trabajo constituirá un servicio de mediación y arbitraje para resolver los conflictos colectivos. De todas maneras, el Estado conserva por lo general la facultad de decretar el arbitraje obligatorio y la reanudación de faenas, en ciertos supuestos.³¹³

De acuerdo con lo planteado, los conflictos que se dan como consecuencia de procesos de tercerización, bien pudieran ser sometidos a procedimientos de conciliación, mediación o arbitraje. Como se ha visto en páginas anteriores, en las convenciones colectivas de trabajo pueden establecerse pautas para implementar procesos de descentralización, surgidas a partir del consenso en cuanto a las proposiciones de cada parte. En la medida en que las mismas resulten incumplidas, o cumplidas imperfectamente, se podrá solicitar la intervención de las autoridades administrativas correspondientes para esclarecer a quién asiste la razón, o, bien, optar por el arbitraje y demás mecanismos alternos de solución de conflictos.

III. MEDIOS PROBATORIOS Y SU VALORACIÓN

Siendo que el resultado de todo proceso depende, a fin de cuentas, de la efectividad de la actividad probatoria de cada una de las partes involucradas para probar los hechos que alegan, no podemos dejar de dedicar unas páginas a analizar algunos de los muchos aspectos que, en materia probatoria, tienen relación con el tema principal de este estudio, la descentralización empresarial.

Comencemos por abordar el aspecto de la carga de la prueba en el proceso laboral, ya que en no pocas ocasiones se refiere que la actividad probatoria recae en el

³¹³ VEGA RUÍZ, M. (Edit.) (2001): p. 61.

empleador. Como bien aclara el Profesor Vasco Torres De León³¹⁴, no se da propiamente una inversión de la carga de la prueba ya que, para ello, debería darse una inaplicación casi completa del principio general de que quien afirma un hecho que le es favorable debe probarlo. No obstante, señala Torres De León, dicho principio sí tiene vigencia en el Derecho Laboral, sólo que existen una serie de reglas que establecen una configuración distinta de las cargas probatorias, lo cual importa una *redistribución* de las mismas, toda vez que, aunque las cargas probatorias siguen del lado de quien afirma, en ciertos casos no se aplica tal principio y quien afirma no debe probar. En este sentido, pueden favorecer tanto al trabajador, como al empleador.

Pueden utilizarse todos los medios de prueba contemplados en la legislación laboral, sean éstos documentales, testimoniales, inspecciones judiciales o peritajes. Las pruebas son, en nuestra legislación, apreciadas o valoradas según las reglas de la sana crítica, lo cual, a la luz de lo preceptuado por el artículo 732 del CT, no excluye la solemnidad documental que la ley establece para la existencia o validez de determinados actos o contratos.

Dando un vistazo al Derecho mexicano, se observa que el criterio jurisprudencial hace recaer principalmente la carga de la prueba en el trabajador, en cuanto a las demandas por diferencia salarial:

"(...) Cuando se demande la nivelación de salarios, quien ejercite la acción laboral correspondiente deberá acreditar que en el caso concreto se actualizan las hipótesis que prevé el artículo 86 de la Ley Federal de Trabajo, esto es, que realiza un trabajo idéntico al que desempeña otro trabajador conforme a una jornada igual y en condiciones de eficiencia también similares tanto en cantidad como en calidad; así, una vez demostradas esas circunstancias, deviene incuestionable que el salario resultará verdadero y justamente nivelado, al igual que la recategorización en el puesto pretendido, de acuerdo con las peculiaridades respectivas.

Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito

³¹⁴ TORRES DE LEÓN, V. (2003a): pp. 257-258.

Amparo directo 445/93. Jesús Ricardo Beltrán Torres y Antonio Piña Flores. 7 de marzo de 1995 (...)³¹⁵

Dicha carga probatoria, impuesta sobre el trabajador en la legislación mejicana, importa una dificultad considerable en la obtención de un resultado favorable a la pretensión de quien demanda, siendo que es el empleador quien debe conservar la información básica para probar los hechos relativos a este proceso judicial.

Otro punto a destacarse en el tema probatorio es la idoneidad de la prueba. Al respecto, el art. 734 del CT dispone lo siguiente:

"Artículo 734: Las pruebas deben ceñirse a la materia del proceso y son inadmisibles las que no se refieran a los hechos afirmados y no admitidos, así como las legalmente ineficaces.

El juez puede rechazar de plano los medios de prueba prohibidos por la ley, notoriamente dilatorios o propuestos con el objeto de entorpecer la marcha del proceso. También podrá rechazar la práctica de pruebas obviamente inconducentes."

Pasamos a comentar lo que ha establecido la Corte Suprema de Justicia en cuanto a apreciación de material probatorio en procesos relacionados con externalización.

En la Sentencia de 27 de agosto de 2004 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia mediante la cual se resuelve el recurso de casación laboral interpuesto contra la Sentencia de 17 de marzo de 2003, dictada por el Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial dentro del Proceso Laboral interpuesto por Teófilo Alvarado Galindo vs. Importadora Clodi, S.A., Comercializadora Sandy, S.A., Distribuidora Gina, S.A. y Comercializadora Alberto, S.A. se toma en consideración la prueba documental consistente en pagos periódicos al trabajador para determinar la existencia de la relación laboral sobre la base de la dependencia económica, en un caso ubicado dentro

³¹⁵ DE BUEN, N. 2001b. p. 225.

de la llamada "zona gris", en la cual confluyen elementos, tanto de una relación laboral, como de trabajo independiente.

En el caso en cuestión, el trabajador demandó a las empresas como unidad económica a través de un proceso común, solicitando el pago de prestaciones laborales consistentes en vacaciones, XIII mes y comisiones por ventas. Las empresas demandadas sostuvieron que el demandante prestaba sus servicios por cuenta propia a varias empresas, negando por tanto la existencia de la relación laboral. No obstante, la parte demandada reconoció que se le pagaban al trabajador comisiones por el monto de setecientos balboas mensuales, en promedio.

El fallo de primera instancia absolvió a las empresas demandadas porque el demandante no demostró ser un trabajador bajo condiciones de subordinación jurídica o dependencia económica y, tampoco que, como vendedor de las demandadas, hubiese estado sometido a un horario de trabajo. En segunda instancia, el Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial revocó la sentencia del a-quo, luego de considerar que el material probatorio aportado al proceso acreditaba la existencia de la relación laboral entre las partes en conflicto bajo el supuesto de dependencia económica, no siendo aplicable la subordinación jurídica. Las empresas recurrieron en casación por considerar infringido el artículo 242 del CT que, estimaron, debió haberse aplicado como solución a la controversia por tratarse de un vendedor viajante.

El artículo 242 de la mencionada excerta legal –a continuación citado– establece, según fue modificado por la Ley 44 de 1995, exclusiones en cuanto a la existencia de una relación de trabajo:

"Artículo 242.- Los corredores de seguros que coloquen pólizas para dos o más aseguradoras, con independencia del número de pólizas y/o del monto de las comisiones que por dichas pólizas perciban, los agentes de comercio, vendedores viajantes, impulsores y promotores de ventas, cobradores y otros similares que trabajen para varias empresas, o que no estén sujetos a horarios de trabajo, o a

registros de asistencia, no se considerarán trabajadores para todos los efectos legales.

Bastará con que se dé cualquiera de las tres situaciones antes mencionadas, para que no se configure la relación de trabajo a que hace referencia el artículo 62 del presente Código."

La existencia de un grupo económico quedó demostrada, toda vez que los directores y dignatarios de las sociedades demandadas eran los mismos, por lo cual la Sala estimó que la simultaneidad de empleadores no desestimaba la existencia de la relación laboral, haciéndose eco del contenido del artículo 96 del CT. Además, la Corte se apoyó en el artículo 238 del CT, dejando sentado lo siguiente:

"Al respecto, debe recordarse que una relación laboral puede tener orígenes contractuales o no contractuales, pero a la ley laboral le interesa el contenido de los actos y la realidad práctica por encima de lo que formalmente expresen las partes (Cfr. Código de Trabajo, publicado por el Dr. Jorge Fábrega P. 12ava. Edición. Agosto 1992. Págs. 186-187). Por tanto, este Tribunal no puede soslayar que conforme el artículo 238 del Código de Trabajo una relación de trabajo puede existir entre un vendedor y una o varias empresas determinadas, si la prestación personal del trabajo se hace de manera personal y no aislada, en condiciones de subordinación jurídica o dependencia económica.

En el caso en estudio, el caudal probatorio revela que el trabajador Teófilo Alvarado, ejecutaba personalmente sus labores, prestaba sus servicios sólo para la cadena de Almacenes el Tijerazo: IMPORTADORA CLODI, S.A., y/o COMERCIALIZADORA SANDY, S.A., y/o DISTRIBUIDORA GINA, S.A., y/o COMERCIALIZADORA ALBERTO, S.A., desde 1996 hasta 1998 y, que durante ese tiempo no vendió productos para empresa alguna que no formara parte de dicha cadena ni ejerció en forma paralela otra profesión independiente como la de corredor de seguros (Cfr. f. 258).

Aunado a lo anterior, los pagos que le hacían dichas empresas en concepto de honorarios profesionales eran su principal fuente de ingresos, por lo que el demandante se encontraba económicamente vinculado al giro de las actividades que desarrollaban IMPORTADORA CLODI, S.A., y/o COMERCIALIZADORA SANDY, S.A., y/o DISTRIBUIDORA GINA, S.A., y/o COMERCIALIZADORA ALBERTO, S.A. Esta afirmación la corroboran, los comprobantes de pago legibles de fojas 102 a 127 en los cuales se observan las sumas mensuales recibidas por el señor Alvarado en concepto de honorarios profesionales -desde 1996 hasta 1998."

Nótese que la CSJ consideró prueba idónea para acreditar la vinculación económica del trabajador a la empresa, los comprobantes de pago que de manera mensual recibía el trabajador en concepto de honorarios profesionales. La Corte no

casó la sentencia recurrida y estableció que existió relación de trabajo entre las partes, con base en la determinación de la existencia de uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, consistente en la dependencia económica, la cual se utilizó de modo subsidiario, toda vez que no fue posible comprobar la subordinación jurídica, a la luz de lo dispuesto en el artículo 65 del CT.

No podemos más que estar en desacuerdo con la decisión de la CSJ, la cual, a no dudarlo, resulta de la interpretación extensiva de nuestro ordenamiento jurídico para otorgar en el caso en cuestión el amparo de la legislación laboral al demandante. Como quiera que la existencia del grupo económico hizo que se desechara el argumento esgrimido por las empresas recurrentes relativo a la multiplicidad de empresas para las cuales el demandante prestaba servicios, somos del criterio que la situación de hecho se compadece perfectamente con el supuesto contemplado en el artículo 242 del CT, por lo que debió declararse la inexistencia de la relación laboral. Se trataba aquí de un vendedor viajante no sujeto a registro de asistencia, por lo que independientemente de que la Sala considerara que existió dependencia económica por laborar para un solo empleador, no se configuran los presupuestos legales para la existencia de la relación de trabajo. Habiendo una exclusión legal específica, no cabía hacer una interpretación sobre la subsidiaridad de la dependencia económica, en caso de duda sobre la subordinación jurídica.

De otro lado, en la jurisprudencia nacional puede observarse también la valoración que se da a un contrato, en conjunto con pruebas testimoniales, para desestimar la existencia de una relación laboral, dada la insuficiencia de pruebas de la parte actora para acreditar la prestación personal del servicio.

En fallo de 4 de mayo de 2004, emitido por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, de la CSJ, el cual decide el recurso de casación laboral propuesto por la

trabajadora, María Fernanda López de Alzamora, contra la Sentencia del Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial fechada 22 de diciembre de 2003, la Sala decide no casar la sentencia recurrida, correspondiente a un proceso común incoado por María López de Alzamora vs. Edinorma Internacional, S.A. y/o Carvajal de Panamá, S.A.

La pretensión consistió en el pago por parte de las empresas demandadas de vacaciones, XIII mes e indemnización por renuncia con causa justa por un total de B/.194,592.52. El Juzgado de Trabajo de la Primera Sección absolvió a las demandadas, declarando probada una excepción de inexistencia de la relación laboral. La resolución fue apelada por la demandante y el Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial confirmó la resolución, sustentándola en que se dio un contrato entre Edinorma Internacional, S.A. y Centro de Soluciones, S.A., en donde la Señora de Alzamora firmó como apoderada de esta última, lo cual, a juicio del Ad-quem, descartaba la relación de trabajo, ya que la prestación del servicio no era *intuitu personae*. No obstante, la demandante acreditó que los pagos de Edinorma Internacional, S.A. nunca se hicieron a nombre de la sociedad Centro de Soluciones, S.A., sino a nombre de la Señora López de Alzamora.

En este caso, la prueba documental relativa a la forma de pago resultó, a juicio de la Sala, insuficiente para acreditar la prestación personal del servicio. Contra ello, se tomaron en consideración declaraciones de tres testigos, quienes manifestaron que el objeto del contrato celebrado entre ambas sociedades fue para la venta de publicidad de una revista publicada por la demandada, Edinorma Internacional, S.A., la cual pagaba a la Señora de Alzamora comisiones por venta de anuncios; que la demandante prestaba sus servicios desde su propia oficina; y que además vendía anuncios para otras revistas, tales como Taca, Lacsa y Lan Chile. Los testigos declararon además que

la otra empresa demandada, Carvajal de Panamá, S.A., era, exclusivamente, una sociedad tenedora de acciones emitidas por otras sociedades y que no mantenía operaciones comerciales. Para determinar la exclusión de responsabilidad de esta empresa, la Corte se basó también en que pudo corroborarse que dicha sociedad fue inscrita en el año 1992, al igual que se consideró una certificación del Ministerio de Comercio e Industrias, documentando que la sociedad no poseía licencia comercial.

Así las cosas, la Corte estimó que no se habían acreditado en el caso planteado los requisitos de subordinación jurídica y dependencia económica, pilares fundamentales de la relación de trabajo.

Es propio comentar otra jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo que reconoce, a través del examen del material probatorio aportado al expediente, la plena validez de la figura de la intermediación de empresas, analizando el concepto de "unidad económica". Se trata del fallo de 26 de septiembre de 2003, en el cual la Corte asume el conocimiento de la controversia vía la interposición de recurso de casación laboral por Rubén Darío Tejedor Atencio, contra la Sentencia de 2 de enero de 2003, proferida por el Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial dentro del Proceso Común que le seguía el Señor Tejedor a las empresas C.G. De Haseth y Cía. S.A., Agrevo de Panamá, S.A. y Planillas Internacionales, S.A. Repasemos los antecedentes del caso.

El Señor Tejedor demandó solidariamente a las empresas antes mencionadas para que fueran condenadas a pagarle la suma de B/.482,074.95 en concepto de prestaciones laborales. El proceso quedó radicado en el Juzgado Primero de Trabajo de la Primera Sección, que negó la pretensión. La sentencia de primera instancia fue objeto de recurso de apelación. El Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial emitió la Sentencia de 2 de enero de 2003, confirmando la decisión del a-quo,

siendo por tanto recurrida en casación por parte del Señor Tejedor. El ad-quem estimó que la vinculación laboral con carácter exclusivo se había dado con la empresa Laboratorios Farmacéuticos Roussel Centroamérica S.A.

El casacionista fundamentó su recurso alegando la existencia de unidad económica entre las empresas demandadas por lo que uno de los artículos infringidos sostuvo fue el 96 del CT. Señaló el Señor Tejada que C. G. De Haseth le daba las instrucciones para la venta de medicamentos Roussel fabricados por la empresa Laboratorios Farmacéuticos Roussel Centroamérica S.A. con sede en Guatemala. Señaló también que los accionistas, directores y dignatarios de C. G. De Haseth y Cia S.A. y Planillas Internacionales S.A. eran los mismos y que esta última se creó para controlar y pagar la planilla de los vendedores. En cuanto a Agrevo de Panamá S.A. afirmó el recurrente que se fusionó con las farmacéuticas Hoechst Marion Roussel y Laboratorios Farmacéuticos Roussel Centroamérica S.A. las que utilizaron indistintamente y simultáneamente sus servicios.

Por tanto se estimó también infringido el artículo 63 del CT que hace alusión a la simulación en los contratos. El demandante consideró además que habían sido violados los artículos 812 y 62 del CT.

En su oposición al recurso la empresa Agrevo de Panamá S.A. planteó que no existía unidad económica entre ella y las sociedades antes mencionadas toda vez que la figura sólo se da entre empresas situadas en el territorio nacional además de que la fusión alegada por la parte actora no se probó y lo que sí se hizo constar fue la constitución de la sociedad con posterioridad a las fechas correspondientes al reclamo de prestaciones laborales.

C.G. De Haseth y Cía., S.A. y Planillas Internacionales, S.A. se opusieron al recurso manifestando que el demandante no logró probar subordinación jurídica ni dependencia económica hacia ellas.

Para tomar su decisión, la Sala consideró probada la relación laboral del demandante con Laboratorios Farmacéuticos Roussel Centroamérica, S.A., en virtud del contrato de trabajo suscrito por las partes, además del mutuo acuerdo mediante el cual se dio por terminada la relación de trabajo, así como también la suma que recibió el trabajador en concepto de liquidación. A continuación, transcribimos la valoración del materia probatorio consistente en pruebas documentales, que realizó la CSJ:

"Sobre el particular, resulta oportuno destacar que de conformidad con el documento legible a foja 405 del proceso laboral, el señor RUBÉN DARÍO TEJEDOR suscribió un contrato por tiempo indefinido con la empresa extranjera Laboratorios Farmacéuticos Roussel Centroamérica, S.A., a partir del 20 de abril de 1970.

En consecuencia, a través de la cláusula segunda del documento denominado "Terminación de Relación Laboral por Mutuo Consentimiento" se estableció lo siguiente: "Que por razón del referido contrato y para facilitar el pago de sus prestaciones sociales al TRABAJADOR, se le incluyó en la planilla de la empresa panameña PLANILLAS INTERNACIONALES, S.A. por conducto de quien se le pagaban las comisiones acordadas". Cabe mencionar, que la terminación del contrato se hizo efectiva a partir del 30 de noviembre de 1995 y que en virtud de ello el señor RUBÉN DARÍO TEJEDOR recibió la suma de B/. 169,125.93 en concepto de vacaciones proporcionales, décimo tercer mes proporcional, salario base y comisiones adeudadas a la fecha más la prima de antigüedad, e incluso, el traspaso de un automóvil marca Mitsubishi, modelo Montero por la suma de B/.1.00, dejando constancia de que estaba conforme con lo pactado, de ahí que al final de los documentos legibles a fojas 405 y 406 del proceso laboral se observe la firma del casacionista y del Gerente de Ventas de Laboratorios Farmacéuticos Roussel Centroamérica, S.A.

Aunado a lo anterior, se observa que para esa misma fecha Laboratorios Farmacéuticos Roussel Centroamérica, S.A., a través de la empresa Planillas Internacionales, S.A., suscribió un mutuo acuerdo con el señor RUBÉN DARÍO TEJEDOR, en el cual acordó pagarle en virtud de la relación de trabajo la suma de veintiséis mil cincuenta y tres balboas con 45/100 (B/. 26,053.45), la cual fue recibida por el trabajador a satisfacción (Cfr. Foja 407-408).

Tiempo después, es decir, para el 1 de enero de 1996, el señor RUBÉN DARÍO TEJEDOR, suscribe con la empresa HOECHST MARION ROUSSEL, S.A. un contrato por servicios profesionales, cuyo término de duración sería de un año prorrogable a partir de esa fecha (fs. 409-411). Como consecuencia de este contrato, el cual terminó el 30 de mayo de 1997 (f. 412), se observa que según la

certificación remitida por la compañía Peat Marwick Mitchell & Co a la Dirección General de Ingresos el prenombrado recibió de Hoechst de Panamá S A a cuenta Hoechst Marion Roussel S A durante el año 1997 honorarios profesionales por la suma de diecinueve mil ochocientos sesenta y tres balboas con 20/100 (B/ 19 863 20) (Cfr fs 40-A, 41 A)

Ahora bien respecto a la empresa Agrevo de Panamá S A contra la cual el casacionista también demanda el pago de prestaciones laborales se observa que para el 13 de mayo de 1998 la Gerente Administrativa de esta empresa le comunico a la Dirección General de Ingresos que el licenciado RUBÉN DARÍO TEJEDOR percibió durante el año de 1997 comisiones de la Cía HOECHST MARION ROUSSEL S A GUATEMALA (GRUPO HOECHST) la suma de tres mil balboas con 54/100 (B/ 3 000 54) haciéndole la aclaración que dicha empresa era sólo una intermediaria en la operación toda vez que los gastos provenían del exterior

La importancia de la sentencia estriba en que el hecho de estar un trabajador registrado en una planilla no constituye una prueba determinante para la vinculación laboral Nuevamente se valora el caudal probatorio en su conjunto Por lo anterior determinó la Corte que las tres sociedades demandadas sólo fungieron como intermediarias en la relación laboral que sostuvo el demandante con las empresas extranjeras Laboratorios Farmacéutico Roussel Centroamérica S A y Hoechst Marion Roussel S A o Grupo Hoechst Además fueron tomados en cuenta diversos testimonios que dan cuenta de que la subordinación jurídica se daba en relación con dichas sociedades extranjeras

Se probó así que C G De Haseth y Cía era la casa distribuidora de los Laboratorios Roussel El laboratorio no obstante no vendía directamente sí promocionaba directamente sus productos función que desempeñaba el demandante para lo cual contaba con un sitio de trabajo dentro de las instalaciones de C G De Haseth y Cía Planillas Internacionales S A era la encargada del pago de los salarios ya que el laboratorio no contaba con número de inscripción patronal en la Caja de Seguro Social

Visto lo anterior, la CSJ declaró la inexistencia de la relación de trabajo y no casó la sentencia objeto de recurso.

Un elemento importante a tomar en consideración para distinguir el *outsourcing* de la mera interposición, es que en la primera figura, el contratista aporta un valor añadido en términos de la estructura organizada de su empresa (instalaciones, herramientas, materiales, etc.) o en cuanto a la dirección efectiva y organización de sus trabajadores. Contrariamente, la mera interposición, comúnmente prohibida y penalizada, se da cuando el intermediario solamente contrata personal para enviarlo a otra empresa. No obstante, la figura de la interposición se legaliza cuando se da bajo la coordinación de la empresa de trabajo temporal o de suministro de mano de obra.

IV. DESCENTRALIZACIÓN EMPRESARIAL Y FRAUDE LABORAL: LA FUNCIÓN DEL JUZGADOR COMO DIRECTOR DEL PROCESO

La descentralización empresarial tiene múltiples implicaciones en todos los aspectos de las relaciones laborales. Ello se da como consecuencia lógica del proceso propiamente tal, que involucra la salida de trabajadores de una empresa, y la contratación, en muchos casos de los antiguos trabajadores, bajo términos comerciales. En este contexto, buena parte del debate que genera la ejecución de medidas de descentralización de las operaciones se centra en si la intención del empresario es conseguir una situación legal más favorable a sus intereses en el aspecto laboral o, de plano, eludir el cumplimiento de sus obligaciones como empleador. En las siguientes páginas, daremos un vistazo al tratamiento que se da al fraude a la legislación laboral, cuando el mismo está relacionado con la tercerización.

Un ejemplo de los conflictos que suelen presentarse a partir de las nuevas formas de producción se da con las llamadas empresas unipersonales. En la jurisprudencia

uruguay, las empresas unipersonales tienen plena validez en los casos en que, del examen de los hechos concretos, no puede derivarse la existencia de fraude a la legislación laboral. Muestra de ello es la Sentencia No. 67 de 24 de agosto de 2001, proferida por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo No. 8 de Montevideo, que a continuación resumimos:

"(...) El actor trabajó a partir del 8 de agosto de 1996 para la demandada hasta el 11 de abril del corriente año fecha en la cual fue despedido. (...) Dijo que a partir de agosto N.N. (demandado) les obligó a constituir una empresa unipersonal trabajando para V. so pena de perder el trabajo. (...)

Sobre si se transformó la naturaleza jurídica del vínculo. Debe decirse que de acuerdo a lo expresado, hubo un real cambio en el consentimiento del actor, quien convino con la demandada asumir su actividad en forma independiente, asumiendo los riesgos. Este consentimiento se entiende probado porque confesó en audiencia que así lo quiso hacer y que no fue obligado, del mismo modo que se probó que en la actualidad, en la empresa V., diversas personas eligen trabajar en forma dependiente a cambio de un salario y otros asumen el riesgo de trabajar en forma autónoma. El otro factor que se considera determinante es que el actor pasó a ganar mucho más que como empleado y aceptó el cambio en cuestión."³¹⁶

En la jurisprudencia uruguaya, se aprecia una clara aceptación de la descentralización empresarial, al momento que han debido analizarse reclamaciones de prestaciones laborales presentadas por prestadores externos de bienes y servicios. Así, mediante la Sentencia No. 26 del 11 de mayo de 2001, del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo No. 8 de Montevideo, se resolvió que se estaba ante un caso típico de tercerización o descentralización empresarial. En el caso en cuestión, la demandante era una compañía que brindaba servicios de transporte a otra empresa.

Pueden señalarse dos aspectos importantes del análisis que hace el tribunal en el fallo antes mencionado. En primer lugar, se considera que una empresa que desee servirse de otra para la prestación de un servicio, puede exigir una determinada calidad en la prestación del mismo, sin que por ello se concluya que existe una relación laboral.

³¹⁶ FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA (2003): p. 205.

En segundo lugar se puso especial atención a la forma de remuneración ya que para el tribunal constituía el indicio más serio a evaluar para determinar si existía un vínculo laboral. La remuneración en el caso resultaba equiparable con el trabajo a destajo. La empresa receptora de los servicios de transporte anotaba el viaje cumplido, el tipo de viaje y el tiempo del mismo, lo cual se pagaba de acuerdo con un precio fijado unilateralmente por ella. Por su parte, la empresa de transporte no emitía facturas por los viajes. Pese a ello, el juzgador consideró que se trataba de un legítimo contrato de adhesión. La parte resolutive del fallo determina que

Si bien debe reconocerse que la cuestión es dudosa, tres elementos enervan que se considere el vínculo juzgado una relación de trabajo:

En primer lugar, la ausencia de control y poder disciplinario.

En segundo lugar, un elemento determinante es que el vínculo no era *intuitu personae* respecto del chofer. El actor era perfectamente libre si tenía más de un vehículo de poner a otra persona o hacer manejar su vehículo con otro chofer sin que la empresa obstara que así lo hiciera. Si bien en el caso de V esta situación quedó de acuerdo a la prueba diligenciada, en el terreno de las hipótesis no hay prueba de la exigencia de la prestación personal. Al contrario, abundan las pruebas de la ausencia de dicha exigencia.

En tercer lugar, el actor no ponía sólo su fuerza de trabajo. Ponía a disposición de la labor contratada un vehículo. Tanto una cosa como la otra son imprescindibles para la prestación del servicio, por lo que su significación adquiere la nota de esencial. En el contrato de trabajo, lo que se pone a disposición del empleador es la actividad personal, la fuerza del trabajo que se agota en sí misma ()

Otro elemento que enerva la relación de trabajo es la ausencia de ajenidad. Véase que si el viaje era exitoso o si el coche chocaba o se rompía, estas circunstancias no importaban a la demandada ()

Lo que está presente es un típico caso de tercerización o descentralización empresarial (). Ciertamente, debe cuidarse la circunstancia que la empresa subcontratada no sea en realidad un dependiente más bajo la apanencia de una empresa independiente. En el caso de autos, por lo dicho, se entiende que el propio V tenía su real empresa, aunque en lo formal no apareciera así. Por su cuenta, decidía qué contratos tomar y cómo hacerlo. De él dependía arreglar un vehículo o cambiarlo, hacer su mantenimiento de una forma o de otra. Prestar el servicio él o contratar a otra persona. Aguardar en el local de la empresa a la espera de viajes o irse por el tiempo que quisiera.³¹⁷

³¹⁷ FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA (2003) pp. 449-450

Vemos así que los razonamientos del juzgador uruguayo se basan en la ausencia de vanos elementos que permitan considerar la existencia del vínculo laboral v gr la subordinación jurídica la existencia de una plataforma de servicios armada y mantenida totalmente por el trabajador tercerizado y la ausencia de la condición de prestación personal del servicio

Este fallo nos proporciona luces acerca de cómo se hace uso de los indicios para determinar la existencia o no de un vínculo laboral ya que en efecto parecemos presenciar una tendencia por parte de las empresas a establecer relaciones comerciales con contratistas independientes que son en suma trabajadores autónomos pero económicamente dependientes Por ello se habla de un trabajo autónomo de segunda generación marcado por la prestación personal del servicio en relaciones contractuales de larga duración y exclusividad

Con respecto a las **empresas suministradoras de servicios temporales** la jurisprudencia uruguaya aplica el mismo tratamiento que dispone la legislación nacional para los casos en que el cumplimiento de obligaciones laborales por parte las mismas se vea comprometido criterio que se deja sentado en la Sentencia No 22 de 11 de mayo de 2001 profenda por el Juzgado Letrado de Río Branco transcrita en parte a continuación relativa a un proceso en el cual fueron demandadas tanto la empresa de trabajo temporal como la que recibía los servicios de ésta

Referente a la legitimación pasiva invocada por la codemandada S corresponde efectuar las siguientes consideraciones Es verdad que quien contrató al Sr L (actor) fue el Sr S a través de su empresa pero éste lo hizo para que el actor prestara sus servicios su fuerza de trabajo dentro de las instalaciones de la codemandada S y para que esta última se viera beneficiada con ese trabajo siendo ésta y no la primera quien recibía en forma directa esa fuerza de trabajo el resultado del mismo Por supuesto que el Sr S obtenía su beneficio económico pues era su empresa la que recibía el pago de S a través de un contrato de arrendamiento de servicios asumiendo el contratista el riesgo y la carga de abonar las prestaciones salariales sociales y tributarias por el personal contratado

Es cierto, que es el Sr. S. quien debe responder frente a S por el mal comportamiento del personal contratado, por el no cumplimiento con las obligaciones asumidas por su parte, pero ese haz obligacional, derivado del contrato de arrendamiento de servicios celebrado entre S. y la empresa H.S., solo puede tener incidencia en el plano interno, en el ámbito de las obligaciones contractuales y de su responsabilidad frente al incumplimiento entre las partes celebrantes. Pero *no puede aceptarse, que su vínculo contractual trasciende sus efectos, alcanzando a terceros en este caso los trabajadores como el actor, que ven disminuida sensiblemente la responsabilidad del empleador y de ese modo, afectado el marco protector a que tiende la legislación laboral, siendo que a través de una aparente verdad formal se pretende ocultar la verdadera naturaleza de la relación laboral, haciendo que en la realidad se vuelva ineficaz el haz protector de la normativa laboral y de seguridad social(...)*

Siguiendo a Antonio Grzetich, quien 'entiende que estando ante un empleador complejo, un doble empleador, tanto la empresa suministradora como la usuaria podrán ser responsabilizadas por ello'. (...)

A esta última opinión doctrinaria se adhiere el proveyente, entendiendo que el caso de autos, se encuentra comprendido en la hipótesis comentada, por lo cual, se establecerá la responsabilidad conjunta por el todo, de cada una de las empresas demandadas, sin admitir cumplimiento parcial, cada una será responsable por el todo, aún cuando no se haya contraído solidariamente (art. 1384 de C.C.).³¹⁸ (Lo resaltado es nuestro).

Se reconoce la validez de la contratación por medio de la empresa de suministro de mano de obra, así como la responsabilidad primaria de ésta en cuanto a las cargas laborales, siempre que se cumpla con el pago de las prestaciones laborales, evitando que la utilización de la figura pueda favorecer el incumplimiento en este sentido.

Haciendo ahora un parangón con la legislación mejicana, cabe decir que el artículo 90 de nuestro CT utiliza en su redacción los mismos términos que el artículo 15 de la Ley Federal de Trabajo de México, estableciendo la responsabilidad solidaria en los casos en que una empresa o ejecute obras de forma "exclusiva" o "principal" para otra. En cuanto a la ley mejicana, comenta Néstor De Buen que esta redacción presenta varios conflictos:

"(...) En primer término, parece excluir las simples operaciones mercantiles de compra-venta, v.gr.: el caso de los proveedores, limitándose a la ejecución de obras o servicios. En segundo lugar deja en pie la

³¹⁸ FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA (2003): pp. 202-203.

determinación del concepto de principal refendo a la importancia de las obras o servicios

Dos soluciones pueden admitirse en nuestro concepto para una inteligencia adecuada del concepto de pncipalidad en la primera se considerará principal a la empresa que preste sus servicios a otra más allá del cincuenta por ciento de su capacidad En la segunda será principal el cliente más importante independientemente de la proporción de servicios que reciba en relación a la totalidad de los que preste la otra empresa En realidad considerando la *ratio iuris* que sin duda radica en el deseo de impedir el nacimiento de empresas satélites la interpretación adecuada es la primera ³¹⁹

En la legislación mejicana dos son los efectos que acarrea la aplicación del artículo 15 No se produce una subrogación personal sino una responsabilidad solidana Adicionalmente las condiciones en las que presten los trabajadores sus servicios tanto internos como externos a la empresa deberán ser idénticas

En relación con el suministro de mano de obra por parte de agencias privadas se observa que en algunos países el legislador tiende a prever los supuestos en los que resulta admisible esta figura con la finalidad de evitar el fraude a la ley laboral vía la contratación de trabajadores en esta modalidad por periodos prolongados de tiempo El **Derecho argentino** brinda un ejemplo claro de esta reglamentación El Decreto 342/1992 en su artículo 3 estipula que un contrato de suministro está autorizado

- a Para sustituir trabajadores ausentes o que gozan de una suspensión autorizada o legal o convencional durante este período
- b En el caso de un aumento de la actividad de la empresa requinendo de manera ocasional y extraordinaria un numero mayor de asalanados
- c En caso de organización de congresos seminarios fenas exposiciones etc

³¹⁹ DE BUEN N (2001a) p 505

- d. Para tareas de instalación o de reparación destinadas a prevenir incidentes que ponen en peligro a trabajadores o a terceros, si estas tareas no las pueden efectuar asalariados de la empresa;
- e. En general, cuando por necesidad extraordinaria o transitoria se deben realizar funciones externas a la actividad normal y habitual de la empresa.

320

La **legislación polaca** de julio de 2003 plantea los supuestos en los que es admitido el recurso al suministro de mano de obra, que incluyen el desarrollo de actividades temporales, en caso de aumento del nivel de actividad y para suplir trabajadores ausentes. Llama la atención el hecho de que, en sentido negativo, en Polonia la ley establece los supuestos en los que se prohíben estas contrataciones, a saber: para tareas especialmente peligrosas, detalladas por el ministerio de trabajo y el de sanidad; para sustituir a asalariados huelguistas; para cubrir un puesto vacante en los tres meses anteriores, por efecto de resolución del contrato por motivos ajenos al trabajador; en los casos en que una empresa en los seis últimos meses, haya recurrido a un despido colectivo.³²¹

A diferencia de las reglamentaciones antes descritas, en la **nueva normativa italiana**, el recurso al suministro es posible en todas las hipótesis, temporales o no, en donde se presenta una exigencia técnica, productiva o sustitutiva. Anteriormente, dicha legislación preveía los supuestos en los que se hacía viable el suministro y remitía a la negociación colectiva el establecimiento de otros supuestos más. En el actual sistema italiano, se supera pues el carácter temporal del contrato de suministro, ya que el mismo

³²⁰ DE LUCA TAMAJO, R. y PERULLI, A. (2006): p. 86.

³²¹ DE LUCA TAMAJO, R. y PERULLI, A. (2006): pp. 86-87.

puede tener una duración indefinida lo que se conoce como *staff leasing* siempre que se dé como producto de un acuerdo colectivo ³²²

En Grecia los requisitos para que pueda darse el suministro de mano de obra son particularmente detallados. Las agencias de trabajo temporal deben tener la forma jurídica de sociedad de capital con un capital mínimo de 176 000 euros. Deben emplear un mínimo de 50 asalariados entre los cuales algunos deben contar con diploma universitario. En cuanto a la infraestructura deben ser dueñas de un local con al menos 150 metros cuadrados y las eventuales sucursales deben de ser 80 metros cuadrados como mínimo. Además deben poseer las herramientas técnicas necesarias y un sistema de información completa con presencia en internet. La agencia debe contratar fianzas como garantía para operar. Una a favor del ministerio de trabajo para garantizar las obligaciones de retribución de los trabajadores temporales otra a favor del instituto de seguridad social para cubrir cargos de previsión social. El nivel de garantía es proporcional al número de trabajadores temporales. El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos conlleva la revocación de la autorización ministerial para operar ³²³

Por otro lado cuando se detecta el recurso ilegítimo al suministro de mano de obra mediante una empresa de trabajo temporal diversas son las soluciones que brindan los ordenamientos jurídicos.

En algunas legislaciones la relación laboral procede a ser imputada a la empresa que utiliza los servicios del trabajador. Este es el caso de Alemania Italia y Brasil. En Alemania el desarrollo de la actividad de suministro sin autorización provoca la constitución de una relación de trabajo directa con el utilizador durante la misión con pago de una multa por los dos sujetos que dan el trabajo. En Italia y en Francia existe

³²² DE LUCA TAMAJO R. y PERULLI A (2006) p 88

³²³ DE LUCA TAMAJO R. y PERULLI A (2006) pp 90-91

un modo de sanción complejo que se articula por un lado por la previsión de sanciones administrativas y penales y por otra parte por la constitución de una relación de trabajo directa con el utilizador en esta hipótesis por contrato de trabajo de duración indeterminada. Esta última sanción constituye en realidad la principal disuasión a los recursos a las formas ilegítimas de trabajo temporal ³²⁴

Por su parte otros ordenamientos jurídicos no contemplan la configuración de la relación de trabajo con la empresa utilizadora o receptora de los servicios del trabajador sino solamente sanciones pecuniaras administrativas o penales en contra de la agencia () En España las sanciones administrativas pueden consistir en sanciones pecuniaras que varían en función de la gravedad de la infracción o en la suspensión de la actividad ver el retiro definitivo de la autorización

Para intentar reducir el fenómeno de los suministros fraudulentos en Holanda en el verano 2005 las organizaciones de asalariados y de empleadores firmaron un acuerdo colectivo para como lo declararon excluir las agencias ilegales del mercado. Estas organizaciones también pidieron al ministerio de asuntos sociales y del empleo que extendiese la eficacia del acuerdo al sector entero para incluir también las empresas que como operadores ilegales no están regularmente inscritas con las organizaciones colectivas que participaron en el contrato. No obstante esta tentativa es siempre difícil oponerse al problema del empleo ilegal a causa de dificultades de prueba del carácter ilegal de ciertas agencias. En todo caso el gobierno holandés ha previsto una serie de sanciones administrativas y ha previsto un control más profundo por parte de los inspectores de trabajo ³²⁵

³²⁴ DE LUCA TAMAJO R y PERULLI A (2006) p 103

³²⁵ DE LUCA TAMAJO R y PERULLI A (2006) p 104

Con respecto a la modalidad de *franchising* o **franquicia**, la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de España define la franquicia como la actividad comercial regida por un acuerdo o contrato en el cual una empresa denominada franquiciadora da a otra llamada franquiciada, el derecho de explotar su propio sistema de comercialización de productos o servicios. Para el franquiciado o *franchisee*, las cargas contienen por un lado los costos de agencia; por otro lado, el riesgo de *free-riding* propio del distribuidor.

El *franchising* puede ocultar una relación de trabajo subordinada cuando el franquiciado es en realidad un simple empleado y representa la figura de empresario responsable del funcionamiento de un establecimiento comercial. La determinación de la existencia o no de la relación laboral se hará depender del factor probatorio. Al respecto, en Francia, el Libro VII del Código de Trabajo. Artículo L 781-1, 2, creó un estatuto híbrido que contempla la noción de un "comerciante-asalariado", al cumplirse tres condiciones: que el franquiciante sea abastecedor exclusivo o casi exclusivo del franquiciado; el abastecedor debe haber elegido o aceptado las condiciones de trabajo, higiene y seguridad del establecimiento comercial y debe haber impuesto los precios; condiciones estas que con frecuencia se aprecian en la estructura de la franquicia.³²⁶

Preciso es hacer referencia a la simulación, al estudiar el fraude en torno a las relaciones laborales. Para el Profesor Rolando Murgas Torrazza³²⁷, la simulación puede darse en cuanto a la existencia misma de la relación laboral, la identificación del empleador, la responsabilidad patrimonial e incluso el contenido y determinación de las condiciones de trabajo.

³²⁶ DE LUCA TAMAJO, R. y PERULLI, A. (2006): p. 78.

³²⁷ MURGAS TORRAZZA, R. (2003): "El fraude en la formación de la relación de trabajo". En: *Derecho Social*, Departamento de Derecho Social, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Editores: Antonia Rodríguez de Araúz y Oscar Vargas Velarde, Editora Sibauste, S.A., Panamá, p. 65.

En cuanto al fraude relativo a la propia existencia de la relación de trabajo el mismo está dirigido a excluir totalmente a la relación de la aplicación del Derecho laboral. Cabe en este punto aludir a los criterios utilizados para determinar la existencia de la relación obrero-patronal siendo actualmente la subordinación³²⁸ el criterio principal que no deja de verse afectado por las condiciones especiales en que se desenvuelven las modalidades contractuales en los procesos de descentralización.

Para un importante sector de la doctrina la externalización de servicios ha supuesto por lo general una flexibilización en la protección al trabajador por parte del Derecho laboral. Si bien se acepta que la misma es parte de la implementación de nuevas estrategias de los empresarios lo cierto es que la misma está estrechamente

³²⁸ Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, a nivel nacional e internacional se manejan criterios determinados que se utilizan para constituir un haz de indicios con el fin de dar luces acerca de la existencia o no de una relación laboral aplicables para los supuestos en los que por las características particulares de la prestación de servicios, se torna dudoso el cariz de la misma.

Así se consideran varios indicadores de la existencia de la subordinación jurídica, entre ellos la obligación de ajustar la prestación a los criterios organizativos de quien lo proporciona, ejercicio del poder disciplinario, el carácter personal —no sustituible— de la prestación del servicio, carácter permanente o continuo de la prestación, dependencia económica y obligación de disponibilidad.

De otro lado existen también criterios que excluyen la subordinación y por tanto la existencia de la relación laboral entre los que cabe mencionar los siguientes:

- a Utilización de medios de producción propios (automóviles, herramientas)
- b Designación de ayudantes
- c No percepción de complementos salariales
- d En algunos casos si hubo o no inscripción en los organismos de previsión social
- e Inscripción como empresa unipersonal (caso de Uruguay)
- f Autoorganización del trabajo
- g Prestación del servicio sin sujeción a órdenes o instrucciones
- h Ausencia de controles en la prestación del servicio
- i Posibilidad de sustitución del prestador del servicio
- j Posición jurídica equiparable entre los sujetos
- k Asunción de riesgos por el prestador del servicio
- l Asunción de gastos por el prestador del servicio
- m Ingresos para el prestador notablemente superiores a los que usualmente derivan de un contrato de trabajo
- n Explotación de la prestación personal en interés propio y por cuenta propia
- o No exclusividad

ligada a la desaplicación de la normativa laboral o, bien, al traslado de responsabilidades laborales por parte de la figura del empleador.³²⁹

¿Qué sucede, por ejemplo, con el caso harto frecuente de los ex trabajadores que continúan prestando servicios para su antiguo empleador? Un factor muy importante, que puede tomarse como indicio de fraude, es, precisamente, que la persona continúe realizando el mismo trabajo para su ex empleador. Si se comprueba que en el trabajador existe la voluntad de asumir riesgos para obtener mayores beneficios, ofreciendo sus servicios a otras empresas, o si, aún trabajando sólo para su ex empleador, obtiene ganancias superiores que justifiquen su decisión de renunciar al trabajo, estaríamos ante un contrato válido³³⁰.

En Panamá, es posible desestimar la personalidad de una sociedad cuando se pretende, ya sea por actos simulados o fraudulentos, ya sea mediante su creación o durante su operación, evitar el cumplimiento de las obligaciones laborales, según lo dispone el artículo 92 del CT. También se desestima la personalidad jurídica cuando se usa en forma fingida para la prestación de servicios o la ejecución de obras. Si se constituye o se utiliza la persona jurídica para desnaturalizar la relación de trabajo, se puede llegar a declarar, para todos los efectos, como trabajador a quien preste servicios en supuestas relaciones de índole comercial.

Debe recordarse también el contenido del artículo 63 del CT, según el cual, a los propósitos de determinar la relación de trabajo o sus sujetos, se prescindirá de la constitución o la operación simulada de una persona jurídica en calidad de empleador.

³²⁹ Véase MURGAS TORRAZZA, R. (2003): p. 82.

³³⁰ METALLO, M. (2000): p. 30.

Ello, según se deja sentado en la Sentencia de 8 de septiembre de 1982 del Tribunal Superior de Trabajo, Caso Díaz y otros vs. Land Company.³³¹

En materia de fraude a la ley laboral, notamos que, tanto doctrina como legislación, entran a analizar diversas formas de contratación o arreglos que se dan en la práctica, con el fin de emitir criterio sobre su validez. En este sentido, el contrato de adjudicación viene a ser una de las formas contractuales con las cuales se realiza la descentralización productiva y se concretiza en el compromiso de una empresa contratista (o subcontratista-copartícipe) de dar a una empresa (contratista o comitente) una obra o un servicio con su propia organización de medios y asumiendo los riesgos de su actividad económica. Escapan al ámbito de estos acuerdos, los contratos de compra-venta o administración-suministro.

Esta contratación se caracteriza por el hecho de que es el adjudicatario quien organiza (a su propio riesgo) los medios necesarios para la ejecución de la obra o de los servicios y que dirige y coordina los trabajadores utilizados. Por el contrario, si el adjudicatario no aporta ningún valor añadido en términos de organización de medios o de personal, limitándose a contratar de manera ficticia trabajadores que son afectados después a la esfera de organización y de dirección del pseudo adjudicatario, se realiza un suministro ilícito de mano de obra (o interposición ficticia).

Por otra parte, la doctrina del empleo conjunto, *Joint employment doctrine*, como se le conoce en los países del *common law*, propende a crear una repartición de

³³¹ “La figura del contratista ha sido estudiada en el derecho laboral por haber sido utilizada para desconocer los derechos de los trabajadores; tras ella se encubrían reales prestaciones de servicio personal y se hacían aparecer como la existencia de una persona; ya natural o jurídica, que trabajaba por su cuenta propia, por sus propios riesgos y con personal propio. Es por ello, que hoy se exige para que se realice la figura del contratista que éste cuente realmente con elementos propios, que ejecute su labor con sus propios elementos ‘capital, equipo, dirección y otros elementos propios’ [...] y se establece la solidaridad entre el contratista, subcontratista y beneficiario de la obra para impedir la burla de los derechos de los trabajadores que es lo que el Derecho del Trabajo pretende.”

VARGAS VELARDE, O. (2001): *Casulística Laboral*, 1ª Edición, Editorial Mizrahi & Pujol, S.A., Panamá, pp. 25-26.

responsabilidades entre dos o más empresas constituyendo la figura del empleador conjunto, en donde todos los empleadores son individualmente y solidariamente responsables del cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la relación laboral.

En el contexto actual, la organización del trabajo y las presiones por elevar los niveles de competitividad han contribuido indudablemente a la implementación de modalidades atípicas de contratación. Para un sector de la doctrina, las modalidades de la descentralización empresarial vienen a ser producto de la búsqueda por parte del sector empresarial de reducir costos vía la colocación de trabajadores fuera del ámbito de protección del Derecho laboral.³³² No obstante, en nuestro concepto, las necesidades empresariales son absolutamente válidas y racionales, en concordancia con el desarrollo que presenta el mercado global.

La externalización de servicios es una tendencia válida y aceptada en nuestro medio desde hace años, en actividades diversas como seguridad, aseo y mensajería. Esta situación es una cosa, y otra muy distinta, la constitución de empresas con el sólo propósito de evadir la legislación laboral, a lo cual expresamente se refiere nuestro CT en el artículo 63, el cual dispone lo siguiente:

"Artículo 63.- Para la determinación de la relación de trabajo, o de los sujetos de la misma, se prescindirá de los actos y contratos simulados, de la participación de interpuestas personas como supuestos empleadores, y de la constitución u operación simulada de una persona jurídica en calidad de empleador."

Por su parte, el artículo 94 del CT alude a la responsabilidad de quien disfraza la titularidad de la relación de trabajo, al prohibir los arreglos en virtud de los cuales una empresa proporcione a otra, todos o parte de los trabajadores que esta última requiera para su funcionamiento, manteniendo la primera su condición de empleador.

³³² ERMIDA URIARTE, O. y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, O. (2000). En: MURGAS TORRAZZA, R. (2003): pp. 67-68.

CAPÍTULO III

ASPECTOS METODOLÓGICOS

I. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El presente es un estudio correlacional, ya que se pretende establecer el modo en que se interrelacionan las variables seleccionadas como objeto de estudio. Más allá de la investigación jurídica enfocada única y exclusivamente en el aspecto normativo del fenómeno, se persigue vincular los diversos aspectos del fenómeno en estudio con temas económicos, de Administración de Empresas e, incluso, de gestión de recursos humanos. La consideración de las diversas aristas de la descentralización empresarial es lo que permite, precisamente, llegar a obtener una visión integral de ella.

Se presenta una compilación exploratoria y descriptiva, caracterizándose este estudio por ser de observación. La exploración es documental o histórica. En este sentido, vale mencionar que, aún cuando se encontró abundante información sobre la materia, la misma se encuentra muy diseminada en libros y documentos relativos a temas diversos, es decir, estructurada o formalizada en función de aspectos diferentes a la descentralización empresarial como tal. Se analizaron muchos artículos cortos, pero fueron pocos los libros encontrados, dedicados a tratar el tema de la descentralización empresarial como eje central del texto. Por ello, este trabajo pretende servir como compilación de material, con el propósito de abrir nuevos surcos de investigación.

La presente investigación es de carácter histórico ya que se hace una reconstrucción objetiva acerca de la evolución de las relaciones laborales, con énfasis en la experiencia de nuestros países latinoamericanos.

Nuestro estudio es descriptivo y de diagnóstico –doctrinal y filosófico-, ya que va dirigido a conocer profundamente una situación: descriptivo, porque se describe sistemáticamente una situación o área de interés específico, es decir, se quiere decir cómo es y cómo se manifiesta un determinado fenómeno; de diagnóstico, porque se

ofrece al lector información acerca de lo que está pasando actualmente con el fenómeno.

II. TIPO DE METODOLOGÍA JURÍDICA

Se utiliza en esta investigación el método inductivo, ya que se analizan los diversos aspectos del tema de estudio para llegar a una conclusión final. Dicho método resulta idóneo para tomar conciencia de toda la axiología jurídica en cuanto al tema de estudio. Siendo consistentes con la lógica del método seleccionado, se analiza la figura jurídica a la luz de las diversas facetas del Derecho del Trabajo, es decir, Derecho individual y Derecho Colectivo del Trabajo, previa elaboración de un marco conceptual, tomando en consideración diversas corrientes doctrinales. De igual modo, se aborda el tema de los derechos fundamentales en el trabajo para establecer una relación con el tema de estudio y se tratan aspectos procesales.

Este esquema metodológico se configura, entonces, como una técnica adecuada en la solución del problema, cual es conocer el objeto de investigación, de manera que sea posible establecer una proyección sobre su uso en nuestro país.

Para la recolección de los datos, se ha recurrido a la investigación de gabinete, habiéndose consultado una extensa bibliografía, tanto nacional como extranjera, haciendo énfasis en publicaciones recientes –últimos diez años-, dada la novedad que importa la externalización productiva como modalidad en la estructura empresarial. Se ordenaron los datos recabados en fichas bibliográficas, organizadas de acuerdo con el esquema de trabajo previamente elaborado y aprobado por la Dirección de Investigación y Postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá.

Con la información recopilada, se procedió a confeccionar el marco teórico, resultante en un estudio detallado acerca de la descentralización empresarial, el cual sirvió de base para la definición del análisis e interpretación de datos que se presenta a continuación.

CAPITULO IV

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

CONSECUENCIAS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE UN MODELO DESCENTRALIZADO EN LA ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO EMPRESARIAL:

La descentralización importa cambios palpables en la administración y prácticas gerenciales de la empresa, los cuales se traducen en modificaciones relevantes en la contratación y desarrollo de las relaciones laborales:

- Reducción del espacio físico requerido para el funcionamiento:

Presenciamos con una frecuencia cada vez mayor que la infraestructura desde la cual operan de las empresas madres o principales, muestra una configuración reducida en tamaño, en comparación con las actividades a las cuales se dedica la corporación. Esta situación se da, parcialmente, debido a que los avances tecnológicos provocan la simplificación de funciones y la consecuente reducción de puestos de trabajo. Pero además, la externalización de muchas tareas provoca que el espacio físico se reduzca sensiblemente.

- Reducción del número de trabajadores de la empresa madre:

La descentralización se constata por la continua reducción del personal, ya que funciones que antes eran ejercidas por personal en planilla de la empresa, son concedidas a terceras personas, quienes, personalmente o por medio de personas jurídicas, pasan a ostentar una relación de tipo comercial con la empresa madre. La nueva empresa opera, entonces, en la mayoría de los casos, con un número reducido de personal altamente calificado y bien remunerado que recurre a una masa de trabajadores tercerizados que entran y salen de la estructura empresarial, según las exigencias de los ciclos de producción, determinados a su vez por el movimiento comercial y económico del mercado.

Examinando la situación concreta de las compañías que recurren a la implementación del *outsourcing* a nivel internacional, mediante la relocalización de

operaciones en países distintos del originario de la compañía se ocasiona una reducción de los niveles de empleo en la empresa en la cual se efectúa la medida contra la creación importante de fuentes de trabajo en el país en donde la empresa decide establecerse

Lo anteriormente esbozado pudiera hacer pensar en la descentralización productiva como factor coadyuvante o generador de desempleo. Contrariamente se estima que la relocalización de la producción y actividades de servicios ciertamente no constituye la causa principal de la pérdida de empleo al menos en la Unión Europea. Un estudio llevado a cabo en 18 países de la Unión Europea entre enero de 2003 y febrero de 2005 arrojó que más del 80 por ciento de los anuncios de reducción de empleos (casi 1 080 000 plazas) se debió a reestructuraciones internas derivadas de la necesidad de adaptación al cambio tecnológico de cambios en la demanda del consumidor y de cambios en la organización de las funciones. En comparación, menos del cinco por ciento de los ceses laborales (alrededor de 63 000) fueron claramente atribuibles a la decisión de la compañía de reubicar sus actividades productivas³³³

- División de los trabajadores en categorías

La descentralización empresarial genera comúnmente dos clases de trabajadores. En primer lugar se mantienen en el núcleo de la empresa madre un número reducido de trabajadores básicamente de tipo administrativo quienes poseen una alta calificación y capacitación por lo que perciben en general elevados ingresos y se espera demuestren un compromiso total con el logro de los objetivos de la empresa. Por otra parte existe un número creciente de trabajadores que laboran para empresas periféricas o satélites quienes brindan sus servicios a la empresa principal.

- Ruptura con patrones de uniformidad en la contratación

³³³ GERSTENBERGER, B y ROEHL R.L (2005) p 59

Se rompen los patrones de uniformidad debido a que precisamente existen varias categorías de trabajadores involucrados en el proceso productivo. La consecuencia material del modelo descentralizado se traduce en el hecho de que un trabajador presta sus servicios o entrega un producto a una empresa de la cual no forma parte. Más aun en muchas ocasiones no se trata de funciones novedosas creadas como parte de un nuevo engranaje productivo sino de tareas de vieja data que en otro tiempo eran desempeñadas por trabajadores de la empresa.

Del análisis de estas consecuencias se observan a primera vista los motivos de creciente polémica sobre esta materia la cual es en primer término de orden jurídico. La estructura de la relación laboral común en nuestra legislación está acorde con una realidad material vigente en un momento anterior pero que está atravesando por una profunda transformación. Nuestro CT al igual que otras legislaciones en Latinoamérica continua tipificando la relación laboral como la prestación personal de servicios en condiciones de subordinación jurídica o dependencia económica con una clara preferencia por contratos por tiempo indefinido y protegidos con un salario mínimo y una serie de garantías de carácter irrenunciable.

Esta concepción de la relación de trabajo resulta insuficiente para abarcar las tendencias y modalidades que actualmente se dan en el proceso productivo el cual está además afectado por la internacionalización ya que la actividad empresarial involucra con cada vez más frecuencia la producción de bienes y servicios en múltiples países. Así al margen de las reformas legislativas que en algunos países vienen aprobándose acerca de la tercerización de hecho han surgido modalidades contractuales en respuesta a la estructura productiva actual.

- Aumento de la competitividad

La alusión al término competitividad nos conduce de inmediato a la idea de productividad. Ya se ha establecido que una de las motivaciones que impulsan al empresario a optar por la descentralización es elevar sus niveles de productividad lo que debería por ende incrementar sus niveles de competencia. Es por ello que preferimos visualizar a las expresiones productividad y competitividad dentro de una relación causa-efecto.

En el marco actual de la denominada gestión competitiva resulta obligante para el empresario establecer prioridades en cuanto a sus objetivos y encaminarse hacia el logro de los mismos. La empresa que logre adquirir una mayor flexibilidad y cuente con una gestión bien llevada puede adaptarse con más agilidad a los cambios del mercado implantando un sistema de producción bajo demanda.

Algunas ventajas del *outsourcing* en relación con la mejora de la competitividad vienen dadas en función de que se parte del entendimiento de que el *outsourcer* es experto en el área donde desarrolla sus actividades, teniendo un mayor conocimiento acerca de las tecnologías aplicables en su área de servicio. Ello produce que el enfoque y visión de la empresa sea más claro, se mejore la atención al cliente y se logre el acceso a habilidades y tecnología de punta. Además, los proyectos de reingeniería o reestructuración se vuelven más factibles, hay una distribución mayor de los riesgos empresariales, por lo que los insumos y recursos de la empresa pueden ser distribuidos más eficientemente.

Sin embargo, resulta imprescindible para que sea exitoso todo proyecto de tercerización que exista una comunicación fluida y adecuada entre la empresa madre y su proveedor de servicios, ya que la falta de comunicación reporta una incidencia directa en una merma en la calidad del servicio. La selección adecuada del contratista es vital. Igualmente, es fundamental la capacitación óptima del personal del *outsourcer*.

Se crea una situación de dependencia empresarial respecto de los contratistas pues sectores importantes de la empresa descansan en el buen desarrollo o ejecución de los convenios respectivos a la vez que se atenúa la posibilidad de ejercer control o fiscalización en cuanto al personal del contratista. Además de una negociación exhaustiva de las condiciones del acuerdo de *outsourcing* se requiere seguimiento y monitoreo ya que puede haber una cierta pérdida de la seguridad y amenazas a la confidencialidad.

De este modo se observa que la productividad laboral o productividad del trabajo es un indicador macroeconómico que expresa la relación entre el valor total de los bienes y servicios producidos en un país y los insumos laborales utilizados en la producción. Por su parte el producto medio por persona ocupada o producto por trabajador viene a ser el ingreso que percibe un trabajador de determinado país. Tomando en consideración que esta medición guarda estrecha relación con el grado de progreso de los pueblos la situación se vislumbra preocupante para nuestras naciones.

Un estudio reciente de la OIT realizado en cuatro países (Argentina, México, Panamá y Perú) muestra que las económicas de América Latina (PIB) han crecido durante los últimos cincuenta años. No obstante el producto por trabajador no ha dado las mismas señales evidenciando aumentos paulatinos hasta los años setenta para luego sufrir una caída y pasar por una muy lenta recuperación ostentando actualmente niveles parecidos a los de hace 25 años.

Aunque el concepto de competitividad tiende a asociarse en no pocas ocasiones por parte de los empresarios con la sola idea de reducir costos laborales y por parte de los trabajadores con la explotación laboral lo cierto es que comprende en sentido amplio y en el ámbito internacional una gama de condiciones microeconómicas (a nivel de las propias empresas), macroeconómicas (a nivel del país) e institucionales.

imprescindibles para que pueda llevarse a cabo una adecuada gestión empresarial. De lo anterior se concluye que las estrategias que se implementen para aumentar la productividad no deben descansar únicamente en la reducción del costo de la mano de obra. Si bien pueden darse ahorros importantes a largo plazo, explica el estudio de la OIT que resultan más viables los cambios a la producción tanto en los propios productos y servicios como en los procesos productivos. Las empresas deberían poder contar con mano de obra calificada, métodos de organización del trabajo que fomenten la productividad, así como también con un contexto socioeconómico propicio para la innovación.

A nivel mundial, según lo deja sentado la OIT³³⁴, está demostrado que en los países más desarrollados existe una relación directamente proporcional entre el producto por trabajador y la competitividad, lo cual indica que el incremento en los costos laborales en nada implica una reducción de los niveles de eficacia. Antes bien, el trabajador calificado y en permanente capacitación es innovador y, al desarrollar su potencial, se constituye en una fuente de riqueza.

- Elevación de los niveles de rentabilidad

No tiene por qué existir contraposición entre condiciones laborales adecuadas y rentabilidad para el empresario como producto de sus operaciones. Muy por el contrario, ambos factores pueden ser coadyuvantes al logro de los objetivos de cada parte involucrada en el proceso productivo. En efecto, la elevación de los niveles de rentabilidad se produce vía el incremento de la productividad, a la vez que enfocando la atención en las actividades verdaderamente efectivas y principales de la empresa.

³³⁴ Véase 'Elevar la productividad del trabajo decente en la región: el reto del crecimiento y el bienestar' Temas Especiales. En OIT (2004) *Panorama laboral 2004 América Latina y el Caribe*. Oficina Internacional del Trabajo / Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Lima, pp. 60-72.

Usualmente la reducción de costos –y el consecuente aumento de rentabilidad– se da porque el tercero posee una mayor especialización en cuanto a la producción del bien o prestación del servicio que se desea externalizar. Aparte de los costos es importante considerar que pueden darse significativos avances en relación con la calidad del producto o servicio tercerizado. Con la externalización de servicios los costos del desarrollo de actividades o procesos en el corto plazo pasan de ser fijos a variables, lo que brinda a la empresa mayor adaptabilidad a las altas y bajas de todo proceso de producción. Además, como se llegan a establecer relaciones estrechas de cooperación y confianza con las empresas subcontratadas o tercerizadas, se pueden obtener descuentos o condiciones más favorables que cuando se dan operaciones aisladas.

Con respecto a la planificación de los gastos administrativos, con el *outsourcing* se da una inversión menor en recursos y las necesidades iniciales de tesorería se ven dilatadas en el tiempo, por lo que hay un mejor flujo de caja. Ello es así debido a que los períodos de pago de los recursos externos son más espaciados que los de planilla y todos los gastos relacionados que ello implica (seguridad social, beneficios adicionales a empleados, etc.). Por tanto, se convierten los costos fijos invertidos en el servicio en costos variables (reduce, controla el gasto de operación), lo cual conlleva una mejor disposición de los fondos de capital.

La reducción de costos viene a ser así, un corolario de todo lo anterior. Se toman en consideración, como es lógico, los costos salariales a mediano y largo plazo (prestaciones a la terminación de la relación), así como también los indirectos en concepto de manejo y supervisión de personal.

Correlativamente, debe destacarse que para los trabajadores por cuenta propia o propietarios de empresas tercerizadas se vislumbra un gran atractivo, que es la

posibilidad de aumentar sus ingresos a través de su actividad económica. Para comenzar, las sumas percibidas no están sujetas a las deducciones salariales propias de la relación laboral. Como toda empresa, se requiere un adecuado manejo de las finanzas personales o empresariales, según sea el caso, para que la situación tenga consecuencias positivas que se evidencien en un incremento en el nivel de vida de los antiguos trabajadores.

Por otra parte, un contrato de *outsourcing* poco flexible puede, a la larga, resultar muy costoso para la empresa que decide contratar servicios externos.

No puede soslayarse que aunque el *outsourcing* se está convirtiendo en una práctica empresarial cada vez más utilizada, todavía se encuentra asociada a un riesgo elevado de fracaso, y los beneficios potenciales difieren enormemente entre diversas compañías y ciudades. Una comparación de ahorro de costos entre EEUU y Alemania muestra que, en promedio, la economía norteamericana gana entre US \$1.12 y US \$1.14 por cada dólar de gastos corporativos transferidos a la India, mientras que Alemania pierde EUR 0.2 por cada euro correspondiente a gastos corporativos transferidos a la India o Europa oriental.³³⁵

El tema de la ampliación de los mercados y la rentabilidad de las operaciones ligado a la descentralización productiva se nos antoja por demás complejo. Su examen profundo rebasa los límites de la presente investigación, mas deseamos anotar como comentario final al aspecto de la rentabilidad que el empleador debe tomar en consideración los costos asociados a cada producto o servicio que se ofrece, las fortalezas y debilidades de cada procedimiento dentro de la estructura de la empresa, al igual que las necesidades del mercado, con miras a procurarse el mejor resultado posible de toda modificación que decida implementar en su esquema de producción.

³³⁵ GERSTENBERGER, B y ROEHRL, R.L. (2005) p. 65

- Alteraciones en el ejercicio de los poderes gerenciales

Existen importantes implicaciones de tipo estratégico en la dirección empresarial de las corporaciones que deciden tomar la senda de la tercerización entre ellas la pérdida de control de variables claves pérdida de secretos de la empresa posibles pérdidas de mercado al igual que modificaciones en cuanto a la subordinación de los trabajadores

De allí que resulte esencial realizar un análisis previo exhaustivo en el cual se haga una investigación profunda acerca de las empresas de las cuales se desea obtener servicios o productos. Adicionalmente se pone de resalto en este punto la relevancia del contenido del contrato o acuerdo de *outsourcing*. En efecto el empresario que recurre a la tercerización sufre un menoscabo en el nivel de intervención directa sobre algunas fases de sus operaciones. Es por ello que el establecimiento de medidas de supervisión procedimientos para la rendición de informes al igual que medidas de protección con respecto a reserva de secretos de producción deviene elemental o imprescindible. Así las previsiones que debe adoptar el empresario incluyen medidas previas a la celebración del convenio al momento de la contratación y durante la ejecución del acuerdo.

CONCLUSIONES

1. Fue cumplido el objetivo principal de la presente investigación: recopilar en un documento, un estudio detallado acerca de la descentralización empresarial y su relación con los diversos aspectos de las relaciones laborales. En cuanto a los objetivos específicos propuestos, ha sido analizado el aspecto de la evolución del proceso productivo y su incidencia en lo relativo a seguridad social, así como también se ha analizado la situación y retos a los cuales se enfrenta la actividad sindical y la posibilidad de fraude a la ley laboral relacionadas con el establecimiento de medidas de descentralización.
2. Los avances tecnológicos han hecho posible la modernización de los procesos de producción de toda clase de bienes y servicios. Este hecho, aunado a la globalización de la economía, ha dado lugar a la transformación total de la visión empresarial, exigiendo a los empresarios alcanzar niveles óptimos de especialización y competitividad, a fin de subsistir y, por supuesto, tener éxito económico en el mercado actual. En este escenario, el *outsourcing* viene a ser una modalidad contractual que se utiliza con cada vez mayor frecuencia en nuestro país, tanto en el Estado como en la empresa privada, siguiendo las tendencias que vienen dándose en el mercado internacional. Así, se recurre a la tercerización para la realización de toda clase de funciones dentro de la estructura empresarial, si bien, este mecanismo se ha visto con mayor frecuencia en nuestro medio en el sector de los servicios esenciales, una vez estatales y ahora privatizados, así como también en las bananeras y el sector agroindustrial, además de servicios de vigilancia y limpieza, prestados de modo externalizado desde hace ya varias décadas.

La descentralización está orientada pues hacia una mayor especialización y elevación en los niveles de productividad toda vez que la empresa concentra sus esfuerzos en el perfeccionamiento de su actividad económica esencial (*core business*)

- 3 La deslocalización productiva como también suele llamarse a este fenómeno puede en su aspecto más positivo llevar aparejada un resurgimiento de la pequeña y mediana empresa oportunidad que no debe desaprovecharse por parte de los sectores gubernamentales encargados de la formulación de políticas sobre administración del trabajo a fin de encarnilar la oferta y demanda de bienes y servicios Sobre todo dadas las alarmantes tasas de desempleo que parecen ser ya una característica o mejor dicho un problema endémico de nuestros países latinoamericanos
- 4 En nuestras legislaciones resulta ostensible una marcada desconfianza con respecto a los procesos ficticios de tercerización los cuales constituyen indudablemente un fraude a la ley laboral Esta actitud no obstante contribuye a acentuar el carácter poco dinámico del mercado de trabajo haciéndolo aun más complejo Todo ello se ve reflejado en reglamentaciones de tipo restrictivo en temas como el suministro de mano de obra la adjudicación a contratistas independientes las redes de empresas y la circulación de ramas enteras de empresas hacia nuevas formas jurídicas de relacionamiento comercial
- 5 La descentralización empresarial en Panamá si bien es una tendencia a la que se están acogiendo más empresas no goza de una reglamentación legal adecuada que permita su utilización sin que entre en juego en caso de un reclamo por parte del trabajador tercerizado el aspecto del fraude a la ley laboral En efecto la legislación laboral panameña con respecto a la figura del empleador contiene

varias disposiciones de protección al trabajador contra la evasión de responsabilidades laborales como la visión primaria del empleador como quien recibe el servicio la solidaridad en el pago de prestaciones y la noción de grupo económico. Es así que nuestro Código de Trabajo prevé la subcontratación o intermediación con responsabilidad solidaria por parte de quien reciba el servicio o se beneficie de la obra. Si bien la normativa clásica establece que el concepto de solidaridad no interfiere con las subcontrataciones lícitas sino que constituye un remedio para que los trabajadores puedan hacer valer sus derechos ante el ente al que prestan sus servicios al implementar las empresas nuevas formas de contratación pueden verse expuestas a reclamaciones que con fundamento en las normas laborales vigentes pongan en tela de duda la legitimidad de un proceso de descentralización productiva.

- 6 Contrariamente a lo que sucede en nuestro país la regulación legal europea se caracteriza por una detallada reglamentación de todos los temas relacionados con la descentralización al igual que la búsqueda de esquemas que brinden adecuadas protecciones y garantías a los trabajadores en el marco del sistema organizacional complejo procurando un balance con los justos intereses de los empresarios.
- 7 En el orden económico actual la función reguladora del Derecho del Trabajo continúa siendo elemental lo cual conlleva a repensar las figuras jurídicas tradicionales de protección de nuestra disciplina.
- 8 Diversas son las tendencias en cuanto a regulación legal en materia de externalización de bienes y servicios. En ciertos casos opera una prohibición directa de incurrir en determinadas prácticas. Se observa también un condicionamiento de la validez del proceso a la obtención de ventajas productivas.

- y organizacionales imponiéndose la paridad de trato entre trabajadores de la empresa principal y trabajadores de la empresa contratista como elemento para determinar la validez de las nuevas estructuras
- 9 En gran numero de Estados el régimen de solidandad entre empleador formal y ente receptor de los servicios es el prevaleciente teniendo por finalidad ultima la garantía de satisfacción de los créditos de los trabajadores
 - 10 Otras legislaciones contienen normas que inciden en la libertad organizacional del empresario imputándole la calidad de empleador directo con respecto al trabajador de la empresa tercerizada También existen ordenamientos juridicos que no contienen prohibición o reglamentación alguna en relación con la intermediación Contadas son las regulaciones que establecen fórmulas de control por parte de los sindicatos
 - 11 La técnica normativa para establecer una regla jurídica aplicable a la descentralización empresarial se constituye en pieza clave puesto que de ella depende la determinación de las ventajas reales del proceso de transferencia Esto es así toda vez que las ventajas iniciales de transferir el riesgo a otro actor económico pueden acabar teniendo un balance negativo si el mismo no es financieramente fiable ocasionando que la empresa principal pueda verse expuesta a deudas con respecto a los trabajadores de la empresa contratista
 - 12 El mecanismo clásico de sustitución patronal puede servir de base para la transferencia de empresas o partes de empresas teniendo como marco un proceso de descentralización productiva De una parte se requiere apoyar las descentralizaciones bien fundamentadas en aspectos de calidad y competitividad De otra parte el derecho de oposicion de los trabajadores requiere un analisis profundo Si bien se considera que existe un beneficio para el trabajador en el

aspecto individual no menos cierto es que puede crear conflictos en cuanto a la logística de la protección social colectiva

- 13 Concluimos que los procesos de descentralización productiva seguirán dándose y evolucionando en nuevas formas pese a que se dan también procesos de *recentralización* en casos en que la descentralización llegó a su madurez se evaluaron resultados y se hicieron reconversiones hacia la centralización nuevamente
- 14 En relación con la mundialización de la economía las legislaciones nacionales muestran notorias insuficiencias en su adaptación al proceso Al internacionalizarse la cadena de producción la empresa logra evitar la aplicación de leyes nacionales e incurre en el comunmente denominado *shopping* normativo por lo que sistemas jurídicos compiten para hacerse atractivos a la inversión de las empresas multinacionales Aparejado a este fenómeno la negociación colectiva se muestra deficiente en seguir este fenómeno dada su clásica estructura de carácter nacional
- 15 Con respecto a la noción de empleador la externalización de actividades tiende a hacer difícil definir el sujeto a quien debe dirigirse la acción de los sindicatos Mientras tanto el grueso de las organizaciones sindicales mantiene una estructura tradicional Así como se flexibiliza la noción de trabajador igual debe suceder con la noción de empleador a fin de que sea posible hacer un balance adecuado de los hechos reconociendo adecuadamente las correlaciones de poder que determinan en cada caso las condiciones de trabajo
- 16 Los tratados regionales constituyen una herramienta efectiva para la coordinación entre naciones de una misma región estableciendo condiciones a las legislaciones internas e incentivando la organización sindical a nivel internacional

Precisamente por esto, se observa el fenómeno de la estandarización de las relaciones laborales, en el marco de procesos de integración regional. Con ello, los derechos fundamentales en el trabajo, reconocidos a nivel internacional, adquieren una importancia sin precedentes.

RECOMENDACIONES

1. Para los empleadores, adentrarse en un proceso de descentralización debe ser el producto de una decisión profundamente analizada, siendo lo primordial, el valor agregado por el bien o servicio que se va a externalizar. Debe buscarse, pues, una mejoría en la productividad, es decir, que al momento de buscar un prestador externo de servicios o productos, el criterio de selección se base en que el prestador externo esté en capacidad de brindar sus servicios con niveles de calidad y eficiencia más elevados que los propios.
2. Para el sector empresarial, la visión sobre costos-beneficios del proceso productivo no debe centrarse en los costos laborales. En este contexto, contar con regulaciones adecuadas que garanticen la plena aplicación del principio de paridad o igualdad de salario es esencial, ya que equipara las cargas en lo atinente a la remuneración de trabajadores externalizados versus trabajadores de la empresa principal.
3. La empresa debe estar en capacidad de exigir de sus contratistas, garantías o pruebas del cumplimiento de sus obligaciones patronales. Por ello, es importante que el contratista cuente con un respaldo y una solvencia económica comprobables, de modo tal que pueda honrar sus compromisos como empleador. Por otro lado, en caso que el contratista incumpla sus obligaciones patronales y la empresa usuaria de sus servicios deba asumir responsabilidades solidariamente, es conveniente que entre ambas empresas se haya pactado la obligación por parte del contratista de resarcir a la empresa por las erogaciones que deba realizar en este concepto.

4. Los trabajadores deben, ante todo, tener presente que se encuentran amparados por la legislación laboral, que les concede derechos básicos de carácter irrenunciable. Independientemente que se encuentren trabajando para la empresa principal, o para la que presta servicios a la principal, conservan su derecho al pago de sus prestaciones laborales, según lo establece la ley y su contrato de trabajo, en caso de ser trabajadores dependientes. En caso de encontrarse en régimen de trabajo autónomo, el adecuado registro de las transacciones es elemental, lo cual facilita al prestador de servicios hacer sus respectivos reportes al fisco y, de este modo, consolidar su inserción en la economía formal.
5. Fenómenos como la globalización y la descentralización empresarial forman parte del entorno actual. En este contexto, la libertad de empresa, entendida como el derecho del empresario particular a dirigir plenamente su actividad empresarial, es un pilar fundamental dentro de los regímenes democráticos, siempre que se dé dentro de los parámetros legales. Para los gobiernos, resulta impostergable la estructuración y puesta en ejecución de un plan coordinado dirigido al desarrollo del sector laboral, promoviendo el desarrollo social, con una adecuada protección a la inversión empresarial privada.
6. Nuestra legislación debería modificarse de forma tal que las instituciones jurídicas puedan adaptarse a las tendencias actuales en cuanto a los procesos productivos, es decir, a la descentralización empresarial, a la globalización y al libre comercio, preservando, eso sí, adecuados niveles de protección a los trabajadores.
7. Es necesario repensar las figuras jurídicas tradicionales de protección del Derecho del Trabajo, no para que desaparezcan ni mucho menos. Por el contrario, para que las mismas se vean renovadas en su funcionalidad de acuerdo con las

circunstancias actuales. En este sentido, el criterio de la dependencia económica vuelve a tomar fuerza para determinar la existencia de la relación laboral debido a la evolución que ha sufrido el concepto de subordinación.

8. Debe llegarse a un balance entre la libertad de organización de la empresa y los derechos de los trabajadores, ya que el Derecho incide en el funcionamiento del sistema económico, político y social, y viceversa. Por ello, no es posible considerar al Derecho del Trabajo aisladamente de los demás sectores de la economía. Antes bien, la economía y las políticas sociales tienen una definitiva influencia sobre el Derecho del Trabajo, otorgándole contenido y forma a la regulación legal.
9. En caso de conflictos laborales que deban resolver autoridades administrativas o judiciales, sería conveniente que el análisis e interpretación de las normas se llevara a cabo tomando en cuenta las características especiales de la economía y los sistemas de producción. Suele decirse que una de las diferencias entre los países desarrollados y los subdesarrollados es que, en los primeros, las leyes van de la mano con los hechos que regulan, mientras que en los segundos, parece haber un distanciamiento entre ambos. Por ende, no es posible pretender mantener al Derecho estático en una realidad cambiante, acrecentando la brecha entre los hechos y su regulación legal.
10. Es necesaria una regulación supranacional, que puede provenir, tanto de tratados internacionales, como de la propia empresa transnacional (códigos de conducta, cartas éticas y programas de responsabilidad social), contentiva de normas aplicables a las empresas contratistas, lo que viene a denominarse "ley blanda" o "*soft law*".

11. En los procesos de integración regional, al llegar a la etapa de establecer parámetros comunes en cuanto a legislación laboral, es conveniente incluir una "cláusula de no regresión", en virtud de la cual pueda evitarse el desmejoramiento de las condiciones de trabajo de los países que ya posean un mayor grado de protección.
12. La negociación colectiva en el ámbito de la descentralización empresarial, para las organizaciones de los trabajadores, requiere que se llegue a tener una conciencia real acerca de la necesidad de negociar las condiciones que habrán de regir la reestructuración empresarial, más que adoptar una actitud totalmente cerrada a los cambios, que definitivamente deben darse. Para los empleadores, por su parte, tener pleno conocimiento acerca de los derechos fundamentales en el trabajo y establecer mecanismos de producción y manejo de las relaciones laborales en estricto apego a los mismos deviene esencial, ya que la efectiva consideración por la condición humana de los trabajadores es la única vía para alcanzar un verdadero desarrollo económico, acompañado de desarrollo social, que es lo que en suma requieren nuestras naciones.

CAPÍTULO V

APORTE O SOLUCIÓN PLANTEADA

Se pretende que este estudio sirva de base para la ampliación que sobre el tema se haga. De igual modo se espera que las recomendaciones expuestas resulten de utilidad tanto para empleadores como para trabajadores.

Al respecto se hace necesaria una reflexión en torno a la efectiva ingerencia que puede tener la empresa receptora de los servicios objeto de descentralización en cuanto a las operaciones de su empresa satélite ya que consideramos ilógico que se pretenda hacer responsable a la empresa principal por ser el único o principal cliente de la empresa tercerizada. Es evidente que el empresario busca en la descentralización una forma de ahorrar costos y a la vez mejorar la productividad lo cual es también legítimo y debe reconocerlo así el Derecho del Trabajo si ello se realiza en apego a la ley. Nuevamente hay que resaltar la importancia de los principios de primacía de la realidad y razonabilidad en el estudio de las circunstancias que se presenten en cada caso.

Lo que se impone en el momento actual es el buen discernimiento que deben demostrar los juzgadores en el análisis de las situaciones que se presenten a su consideración para llegar a una decisión consona con la realidad material logrando determinar dónde existe una relación comercial legítima y dónde una situación de fraude a la ley laboral.

Por otra parte es necesario que puedan sentarse bases sólidas para un proceso concertado en cuanto a la implementación de cambios de tipo estructural en las empresas. La experiencia ha demostrado en reiteradas ocasiones que la transferencia o adopción de instituciones jurídicas o tendencias que se observan internacionalmente a la legislación y la práctica nacional no arroja resultados positivos si se obvia el análisis de las condiciones sociales, políticas y económicas de la región con el fin de hacer las adaptaciones que se requieran. En este contexto cobra vital importancia la

concertación y el diálogo, de modo que sea posible crear fórmulas que permitan acceder al desarrollo económico de la empresa, respetando los derechos fundamentales del trabajador.

BIBLIOGRAFÍA

- APGAR, M. (1999): "El centro de trabajo alternativo. Cómo cambiar la forma y el lugar donde trabaja la gente". En: **Harvard Business Review: dirigir personas en la empresa**, Ediciones Deusto, S.A. Bilbao, páginas 175-219.
- BARBAGELATA, H. (1992): **Derecho del Trabajo**, T. III, 2ª reimpresión, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 142 páginas.
- BARBAGELATA, H. (1999): **Derecho del Trabajo**, T. I, Vol. 2, 2ª edición actualizada, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 260 páginas.
- BARBAGELATA, H. (2002): **Derecho del Trabajo**, T. I, Vol. 1, 3ª edición actualizada, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 221 páginas.
- BARRETTO GHIONE, H. (2000): "Los sindicatos en la descentralización empresarial: la estrategia de la representación". En: GRUPO DE LOS MIÉRCOLES, XXV Aniversario (2000) **Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo**, 1ª Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, páginas 453-458.
- BENAVIDES RUBÍ, M. (2003): "Centro de resolución alterna de conflictos laborales de Costa Rica, una experiencia exitosa". En: **Relacentro, Revista de Relaciones Laborales**, No. 4, Año 3, Proyecto Relacentro, OIT, San José, páginas, 59-66.
- BOUTIN, G. (2002): **Derecho Internacional Privado**, 1ª Edición, Editorial Mizrachi & Pujol, S.A., Panamá, 1096 páginas.
- BRONSTEIN, A. (1998): "Avances y Retrocesos en la Evolución de la Legislación Laboral en América Latina". En: **XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social**, T. III, Editora Sibauste, S.A., Panamá, páginas 69-124.
- BUSTAMANTE, J. (2002): "El sistema de previsión social y el fortalecimiento del centro financiero". Ponencia dictada durante la **Conferencia Anual de Ejecutivos, CADE 2002**, Asociación Panameña de Ejecutivos de Empresa, Panamá.
- CABANELLAS DE TORRES, G. (1998): **Diccionario de Derecho Laboral**, 1ª Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 741 páginas.
- CARBALLO MENA, C. (1998): "El Derecho del Trabajo frente a la globalización: ¿la estrategia de Job?". En: **Revista Publicaciones Jurídicas Venezolanas**, ponencia presentada durante el V Congreso Nacional de Estudiantes de Relaciones Industriales y IX Jornadas Académicas del Industriólogo, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, <http://www.zur2.com/fcjp/113/pre113.htm>, revisado el 26 de febrero de 2006.
- CASTILLO GILL, R. (2000): **La conciliación en los conflictos individuales de trabajo**, 1ª Edición, Editorial Portobelo, Pequeño Formato No. 149, Panamá, 16 páginas.
- CEDALISE RIQUELME, C. (1999): **El arbitraje laboral en Panamá**, 1ª Edición, Editorial Portobelo, Pequeño Formato No. 129, Panamá, 30 páginas.

- CEDALISE RIQUELME, C. (2002): "Concepción, Sujetos y Legitimación del Convenio Colectivo". En: **1er. Congreso Nacional de Derecho del Trabajo: 30 años de vigencia del Código de Trabajo de 1972**, Editora Sibauste, Panamá, páginas 213-236.
- CEDALISE RIQUELME, C. (2003): **Bases sociojurídicas de la libertad sindical: su configuración en el sistema legal panameño**, 1ª Edición, Editorial Portobelo, Pequeño Formato No. 229, Panamá, 88 páginas.
- CENTELLA G., M. (2002): "La convención colectiva de trabajo: sujetos y legitimación". En: **1er. Congreso Nacional de Derecho del Trabajo: 30 años de vigencia del Código de Trabajo de 1972**, Editora Sibauste, Panamá, páginas 237-261.
- CERÓN CORAL, J. (1989): **El arbitraje laboral**, 1ª Edición, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 231 páginas.
- CIUDAD, A. (2002): **Reformas laborales y procesos de integración en los países de la OEA: 1980 – 2000**, 1ª Edición, OIT, Lima, 105 páginas.
- DAM TORRES, M. (2005): **La jornada laboral: tendencias actuales en el Derecho Comparado y perspectivas de cambio para Panamá**, 1ª Edición, Editorial Cultural Portobelo, Colección Pequeño Formato No. 280, Panamá, 58 páginas.
- DAZA, J. L. (2005): *Informal economy, undeclared work and labour administration*, Departamento de Diálogo Social, Legislación Laboral y Administración del Trabajo, OIT, Paper No. 9, Ginebra, <http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifdial/downloads/informal.pdf>, 18 de enero de 2006, 73 páginas.
- DE BUEN, N. (2001a): **Derecho del Trabajo, T. I**, 14ª Edición revisada y actualizada, Editorial Porrúa, México, 669 páginas.
- DE BUEN, N. (2001b): **Derecho del Trabajo, T. II**, 15ª Edición actualizada, Editorial Porrúa, México, 931 páginas.
- DE LEÓN, A. y TERREROS, N. (2005): **Mujeres trabajadoras en Panamá**, Instituto Panameño de Estudios Laborales, Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, Panamá, 66 páginas.
- DE LUCA TAMAJO, R. y PERULLI, A. (2006): "Derecho Laboral (en sus aspectos individuales y colectivos) y descentralización productiva". En: **XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**, CD de Informes Generales, Asociación Francesa de Derecho Laboral y Seguridad Social, París, 114 páginas.
- STEINER, R. (Ed.) (1997): **Diccionario Internacional Simon and Schuster Inglés/Español Español/Inglés**, 2ª Edición, Simon & Schuster, Inc., Nueva York, 1584 páginas.
- DIETERICH STEFFAN H. y CHOMSKY N. (1997): **La aldea global**, 2ª edición, Editorial Txalaparta s.l., Tafalla, 207 páginas.
- EDELBERG, G. (2003): "Outsourcing: el otro lado del mostrador". En: **Revista Pauta**, Año 13, No. 118, Panamá, páginas 22-24.
- ERMIDA URIARTE, O. y CASTELLO, A. (2000): "Las empresas de trabajo temporal". En: **GRUPO DE LOS MIÉRCOLES, XXV Aniversario (2000) Cuarenta y Dos**

- Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo**, 1ª Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, páginas 413-441.
- ERMIDA URIARTE, O. y RACCIATTI, O. (2003): **Derecho Internacional del Trabajo**, 1ª Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1095 páginas.
- FÁBREGA PONCE, J. (1982): **Derecho Procesal del Trabajo**, Litho-Impresora Panamá, S.A., Panamá, 599 páginas.
- FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA (2003): **Anuario de jurisprudencia laboral 2001**, (Directores: Alejandro Castello y Martha Márquez Garmendia), 1ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 509 páginas.
- GADEA, E. y GOLDFLUS, S. (2000): "El contrato de *franchising*". En: GRUPO DE LOS MIÉRCOLES, XXV Aniversario (2000) **Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo**, 1ª Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, páginas 215-225.
- GAMARRA VÍLCHEZ, L. (1998): "La reforma laboral en el Perú: péndulo de largo plazo?". En: XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, T. III, Editora Sibauste, S.A., Panamá, páginas 5-21.
- GARAY, N. (SD): **Derecho civil I**, Centro de Estudiantes de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, SPL, 188 páginas.
- GARMENDIA ARIGÓN, M. (2000): "Filialización". En: GRUPO DE LOS MIÉRCOLES, XXV Aniversario (2000) **Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo**, 1ª Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, páginas 201-213.
- GAUTHIER, G., PRATT, L. y GARI, G. (2000): "Subcontratación e intermediación". En: GRUPO DE LOS MIÉRCOLES, XXV Aniversario (2000) **Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo**, 1ª Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, páginas 341-353.
- GERSTENBERGER, B. y ROEHL, R.L. (2005): "*Service jobs on the move – offshore outsourcing of business related services*". En: Instituto Internacional de Estudios Laborales – OIT, (2006): **Offshoring and the internationalization of employment. A challenge for a fair globalization?**, 1ª Edición, OIT, páginas 57-72.
- GONZÁLEZ NIEVES, O. (1998): "La reforma laboral peruana: un intento de percepción global". En: XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, T. I, Editora Sibauste, S.A., Panamá, páginas 177-206.
- GRANDI, M. (2003): "Los actores de la contratación colectiva". En: XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Libro de Informes Generales, Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, páginas 7-34.
- GUTIÉRREZ P., J. (1994): "Negociación de una Convención Colectiva de Trabajo", Seminario dictado en el Centro de Estudios Superiores de Administración (C.E.S.A.), Asociación Panameña de Ejecutivos de Empresa (Capítulo de Chiriquí). En: RIVERA, C. y PÉREZ, E. (1994): **Apuntes de la Legislación Laboral Panameña No. 2**, Editorial Chen, Panamá, páginas 107-124.

- HANAU, P. (1996): "Principios del Derecho del Trabajo postmoderno". En: **El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa**, VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, páginas 224-231.
- HERBERT, M. y SILVEIRA, J. (2000): "Repercusión de la descentralización en el problema del empleo". En: **GRUPO DE LOS MIÉRCOLES, XXV Aniversario (2000) Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo**, 1ª Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, páginas 59-66.
- HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J. e IRURZUN UGALDE, K. (1998): "Notas sobre el proceso de reforma laboral en España: crisis del Estado social". En: **XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social**, T. I, Editora Sibauste, S.A., Panamá, páginas 141-165.
- HOYOS, A. (1982): **Derecho panameño del Trabajo**, Vol. I, Litografía e Imprenta Lil, S.A., Panamá, 469 páginas.
- ISCARO, R. (1973a): **Historia del movimiento sindical**, Tomo I, Editorial Ciencias del Hombre, Buenos Aires, 203 páginas.
- ISCARO, R. (1973b): **El movimiento sindical latinoamericano**, Editorial Ciencias del Hombre, Buenos Aires, 256 páginas.
- KUCZYN VILLALOBOS, P. (1998): "Las Condiciones del Trabajo Carcelario". En: **XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social**, T. III, Editora Sibauste, S.A., Panamá, páginas 125-146.
- LACHMAN VARELA, R. (2002): "El teletrabajo". En: LACHMAN VARELA, R. (Comp.) **Contratos y regímenes especiales de trabajo**, 1ª Edición, Editorial Juris Textos, S.A., Panamá, páginas 23-41.
- LAGOS, R. (1994): "Qué se entiende por flexibilidad del mercado de trabajo?". En: **Revista de la CEPAL No. 54**, diciembre de 1994, Santiago de Chile, páginas 81-95.
- MARTÍN JIMÉNEZ, R. (2001): **Los actos administrativos laborales y su control jurisdiccional**, 1ª Edición, Consejo Económico y Social, Colección Estudios Número 105, Madrid, 392 páginas.
- METALLO, M. (2000): "Los principios del Derecho del Trabajo y el proceso de descentralización". En: **GRUPO DE LOS MIÉRCOLES, XXV Aniversario (2000) Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo**, 1ª Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, páginas 25-35.
- MONTERO AROCA, J. (1999): **La conciliación previa o extrajudicial en el proceso laboral**, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 221 páginas.
- MURGAS TORRAZZA, R. (2003): "El fraude en la formación de la relación de trabajo". En: **Derecho Social**, Departamento de Derecho Social, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Editores: Antonia Rodríguez de Araúz y Oscar vargas Velarde, Editora Sibauste, S.A., Panamá, páginas 65-95.
- MURGAS TORRAZZA, R. (SD): **Estudios laborales**, SPL, 243 páginas.

- MURGAS TORRAZZA R y TORRES DE LEÓN V (2002) La relación de trabajo en Panamá** SPL Panamá 136 páginas
- NADAL VIGNOLO S (1983) La empresa transnacional en el marco laboral** Ediciones Cultura Hispánica del Instituto de Cooperación Iberoamericana Madrid 159 páginas
- NORBERG J (2004) El lado bueno de la globalización** En **Selecciones Reader's Digest México** S A de C V abril de 2004 Num 761 páginas 73-75
- OIT (1996) La libertad sindical Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT 4ª Edición (revisada)** Oficina Internacional del Trabajo Ginebra 250 páginas
- OIT (2002a) Estudio general sobre libertad sindical y negociación colectiva 1994** Biblioteca electrónica de documentos sobre Normas Internacionales de Trabajo (ILSE 2002) formato CD OIT
- OIT (2002b) Panamá trabajo decente y políticas de empleo en los 90 Desafíos y propuestas para la década del 2000** Editores Enrique Bru y Miguel Del Cid 1ª edición Oficina Internacional del Trabajo San José 48 páginas
- OIT (2003a) La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones dinámica e impacto 1ª edición** Oficina Internacional del Trabajo Ginebra 102 páginas
- OIT (2003b) La hora de la igualdad en el trabajo** Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo 2003 1ª edición Oficina Internacional del Trabajo Ginebra 153 páginas
- OIT (2003c) Los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo 2ª impresión** Oficina Internacional del Trabajo Ginebra 81 páginas
- OIT (2004a) Panorama laboral 2004 América Latina y el Caribe** Oficina Internacional del Trabajo / Oficina Regional para América Latina y el Caribe Lima 118 páginas
- OIT (2004b) Por una globalización justa El papel de la OIT** Informe del Director General sobre la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización 1ª Edición Conferencia Internacional del Trabajo 92ª reunión Ginebra <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc92/pdf/adhoc.pdf> 12 de marzo de 2005 69 páginas
- OJEDA AVILÉS A (1996) Los acuerdos de empresa en la estructura de la negociación colectiva** En **El arbitraje laboral Los acuerdos de empresa VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social** Editorial Tecnos S A Madrid páginas 199-223
- ONU (2002) Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo** Monterrey México 18-22 de marzo de 2002 Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas 18 páginas
- OTAZUA GARMENDIA G (1998) Modificaciones jurídico-laborales en el marco de la flexibilización del mercado de trabajo español** En **XIII Congreso**

Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social T I Editora Sibauste S A Panamá páginas 69-97

PANAMÁ Leyes (2003) **Código de Trabajo** 2ª Edición aumentada y corregida Editora Jurídica Panameña Actualizado por Jorge Fábrega P Panamá 810 páginas

PANAMÁ Leyes (2005) **Código Civil** 6ª Edición Sistemas Jurídicos S A Panamá 528 páginas

PANAMÁ Leyes (2005) Ley No 51 de 27 de diciembre de 2005 En **Gaceta Oficial** No 25 453 miércoles 28 de diciembre de 2005 117 páginas

PARÍS H (2003) Los métodos alternos de solución de conflictos en materia laboral En **Relacento Revista de Relaciones Laborales** No 4 Año 3 Proyecto Relacento OIT San José páginas 7 28

PASCO COSMÓPOLIS M (2003) Protección social de los desempleados En **XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social** Libro de Informes Generales Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Montevideo páginas 198-317

PASCO COSMÓPOLIS M (1998) El principio protector en el proceso laboral En **XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social T II** Editora Sibauste S A Panamá páginas 5-29

PEREIRA CAMPOS S (2000) Las empresas unipersonales con contrato registrado ¿una forma de descentralización o tercerización tributaria y de seguridad social? En **GRUPO DE LOS MIÉRCOLES XXV Aniversario (2000) Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo** 1ª Edición Fundación de Cultura Universitaria Montevideo páginas 541 561

PERU Leyes (1995) **Ley de fomento del empleo** Ley num 26513 del 27 de julio de 1995 por medio del cual se introducen modificaciones al Decreto Legislativo num 728 dictado el 8 de noviembre de 1991 con las modificaciones dispuestas por el decreto legislativo num 765 aprobado mediante decreto supremo num 00393TR texto unico del 22 de abril de 1993 <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/40977/64960/S95PER01.htm> 13 de junio de 2005

PERU Leyes (1996) **Ley procesal del trabajo** Ley num 26636 del 14 de junio de 1996 <http://www.congreso.gob.pe/ntley/LeyNume.asp> 10 de julio de 2005

PINO ESTRADA M (2002) El teletrabajo en el Derecho colectivo brasileño En **XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social** ponencia voluntaria Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social formato CD Easy Planners Congresos & Exposiciones Montevideo

PLÁ REGULES M (2000) La descentralización a nivel internacional En **GRUPO DE LOS MIÉRCOLES XXV Aniversario (2000) Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo** 1ª Edición Fundación de Cultura Universitaria Montevideo páginas 79 96

PLÁ RODRÍGUEZ A (1998) **Los principios del Derecho del Trabajo** 3ª edición actualizada Editorial Depalma Buenos Aires 437 páginas

- PLÁ RODRÍGUEZ A (2000) La descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo En GRUPO DE LOS MIÉRCOLES XXV Aniversario (2000) **Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo** 1ª Edición Fundación de Cultura Universitaria Montevideo páginas 11 21
- QUINTERO LYONS J (2002) Reducción de la jornada laboral nuevas formas de organización empresarial y empleo En **XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social** ponencia voluntaria Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social formato CD Easy Planners Congresos & Exposiciones Montevideo
- RASO DELGUE J (2000) *Outsourcing* En GRUPO DE LOS MIÉRCOLES XXV Aniversario (2000) **Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo** 1ª Edición Fundación de Cultura Universitaria Montevideo páginas 37-45
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001) **Diccionario de la Lengua Española** 22ª Edición 10 tomos 1613 páginas
- ROMÁN ESCOBAR P y SUIRA M (2003) La flexibilidad y la movilidad laboral En **Derecho Social** Departamento de Derecho Social Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de Panamá Editores Antonia Rodriguez de Arauz y Oscar vargas Velarde Editora Sibauste S A Panamá páginas 97 137
- ROMÁN P (2001) **Derecho laboral** 2ª Edición Poligráfica S A Panamá 220 páginas
- ROMERO-PÉREZ J (2002) Derecho y globalización las relaciones del Derecho con el fenómeno de la globalización es decir la consolidación del globalismo jurídico (*global law*) En **Revista de Ciencias Jurídicas No 98** Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica Colegio de Abogados San Jose páginas 98-141
- ROMERO PÉREZ J (2003) La externalización de actividades laborales (*outsourcing*) En **Revista de Ciencias Jurídicas No 102** Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica Colegio de Abogados San José páginas 120-142
- ROSENBAUM RÍMOLO J (2000) Descentralización empresarial y negociación colectiva En GRUPO DE LOS MIÉRCOLES XXV Aniversario (2000) **Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo** 1ª Edición Fundación de Cultura Universitaria Montevideo páginas 491 511
- SANTANA RODRÍGUEZ R (2001) **El poder disciplinario del empleador en la empresa privada** 1ª Edición Fundación de Cultura Universitaria Montevideo 219 páginas
- STONE K (2006) *Legal Protections for Workers in Atypical Employment Relationships in the United States* En **XVIII Congres Mondial de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale Rapports Nationaux** 5-8 de septiembre de 2006 CD Paris 24 páginas
- TERRADILLOS ORMAETXEA E (2000) La representacion colectiva de los trabajadores en los grupos de empresas modernas fórmulas de regulación

- 1ª Edición, Consejo Económico y Social, Colección Estudios Número 98, Madrid, 339 páginas.
- TOKMAN, V. (Dir.) (2001): **De la informalidad a la modernidad**, OIT, Santiago de Chile, 258 páginas.
- TORRES DE LEÓN, V. (1998): **El contenido del convenio colectivo panameño**, 1ª Edición, Editorial Juris Textos, S.A., Panamá, 326 páginas.
- TORRES DE LEÓN, V. (2002): "Reflexiones en torno a la globalización y los nuevos retos para las relaciones laborales". En: **1er. Congreso Nacional de Derecho del Trabajo: 30 años de vigencia del Código de Trabajo de 1972**, Editora Sibauste, Panamá, páginas 29-73.
- TORRES DE LEÓN, V. (2003a): **Curso de Derecho Procesal del Trabajo**, 1ª Edición, Colección Papeles Laborales No. 6, Panamá, 373 páginas.
- TORRES DE LEÓN, V. (2003b): "La recepción de los derechos fundamentales de la OIT en la legislación laboral panameña". En: **Derecho Social**, Departamento de Derecho Social, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Editores: Antonia Rodríguez de Araúz y Oscar Vargas Velarde, Editora Sibauste, S.A., Panamá, páginas 15-44.
- VALDÉS DAL RÉ, F. (2003): "Los derechos fundamentales de la persona del trabajador". En: **XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**, Libro de Informes Generales, Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, páginas 37-160.
- VALDÉS RODRÍGUEZ, A. (1998): "La reforma de la seguridad social en Iberoamérica". En: **XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social**, T. III, Editora Sibauste, S.A., Panamá, páginas 23-68.
- VARGAS VELARDE, O. (1998): **Derecho del Trabajo: relaciones individuales**, Editorial Varem, Panamá, 299 páginas.
- VARGAS VELARDE, O. (2001): **Casuística Laboral**, 1ª Edición, Editorial Mizrachi & Pujol, S.A., Panamá, 352 páginas.
- VÁSQUEZ VIALARD, A. (1998): "Desafíos actuales al Derecho del Trabajo". En: **XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social**, T. I, Editora Sibauste, S.A., Panamá, páginas 9-68.
- VEGA RUÍZ, M. (Edit.) (2001): **La reforma laboral en América Latina. Un análisis comparado**, Oficina Internacional del Trabajo, Lima, 248 páginas.
- VILLASMIL PRIETO, H. (2004): **Nuevas Formas de Contratación Laboral: Un Marco Teórico**, ponencia leída ante el IX Congreso Centroamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ciudad de Guatemala, 4-5 de marzo de 2004.
- ZAPIRAIN, H. (2000): "La descentralización y su repercusión en el Derecho colectivo". En: **GRUPO DE LOS MIÉRCOLES, XXV Aniversario (2000) Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo**, 1ª Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, páginas 445-452.

REFERENCIAS DE INTERNET

<http://www.chiquita.com>

<http://www.ilo.org>

<http://www.loc.gov>

<http://www.organojudicial.gob.pa>

<http://www.union-network.org>